

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE CRITIQUE
ET COMPARAISON DE
L'EXÉCUTION FORCÉE
EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Vendredi 26 Mai 1899, à 8 heures et demie du matin,

PAR

Eugène WEBER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. GLASSON, doyen.

Suffragants : { *M. GÉRARDIN, professeur.*
M. LESEUR, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1899

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ÉTUDE CRITIQUE
ET COMPARAISON DE
L'EXÉCUTION FORCÉE
EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Vendredi 26 Mai 1899, à 8 heures et demie du matin,

PAR

Eugène WEBER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. GLASSON, doyen.

*Suffragants : { M. GÉRARDIN, professeur.
 { M. LESEUR, professeur.*



PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1899



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ABRÉVIATIONS

C. c. all. — Code civil allemand.

C. c. fr. — Code civil français.

C. P. C. all. — Code de procédure civile allemand.

C. P. C. fr. — Code de procédure civile français.

C. com. ou **C. co.** — Code de commerce.

esp. — espagnol.

ital. — italien.

BIBLIOGRAPHIE

N. B. — Les ouvrages qui ne traitent qu'incidemment la matière sont cités avec le §, la page, ou le n° intéressant.

Abegg (F.). — Zeugnisspflicht und Zeugnisszwang nach den deutschen Reichs-Process-Ordnungen (Obligation et contrainte de témoigner en justice d'après les lois de procédure de l'Empire d'Allemagne. — Strasbourg (thèse), Heitz, 1885.

Annuaire de législation comparée. — (Voir Gide, et année 1872).

Annuaire de législation étrangère publié par la Société de législation comparée, année 1884 et *passim*. — Paris, Pichon, 1871 et suiv.

Aubry et Rau. — Traité de Code civil de Zacchariæ (4^e édit., t. iv, § 420). — Paris, Marchal et Billard.

Baillou (L.). — Manuel de la conversion de saisie immobilière. — Paris, Marchal et Billard, 1897.

Baubry. — Responsabilité des notaires. — Paris (thèse), 1894.

Baudry-Lacantinerie. — Traité de droit civil (t. iii, n° 1062, p. 615). — Paris, Larose.

Bertin (M.). — Chambre du Conseil en matière civile et disciplinaire (Introduction par M. Debelleyne). — Paris, Durand, 1856.

— *Le même*, édition Bloch et Breuillac. — Paris, Pedone, 1894.

Besson (Emmanuel). — Les frais de justice. — Paris, 192, rue de Rivoli, 1892.

Bioche. — Dictionnaire des juges de paix, V^o *Prorogation*, n° 7.

Bioche. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale. — Paris, Durand, 1866.

Boitard, Colmet-Daage et Glasson (E.). — Leçons de procédure civile. — 14^e édition, Paris, Pichon, 1885.

Bonfils (Henri). — De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. — Paris, Durand, 1865.

Bourbeau. — De la justice de paix, n^o 14.

Braun (Alex.), **Hegener** (Th.-M.) et **Ver Hees** (Em.) — Traité pratique de droit civil allemand. — Bruxelles, Bruylant-Christophe; Paris, Chevalier-Marescq, 1893.

Briegleb. — Ueber exekutorische Urkunden und Executiv-Process (Einleitung, p. 7). (Des titres exécutoires et de la procédure exécutoire, préface, p. 7). — Nuremberg, 1839.

Brodeau. — Usage ancien et général de la France. (*Sub art.* 86 de la Coutume de Paris).

Caron. — Juridiction civile des juges de paix, n^o 781.

Carré et Chauveau (Supplément par M. Dutruc). — Lois de la procédure civile et commerciale. — Paris, Marchal-Billard, 1880.

César-Bru (Charles). — Traité de la procédure des voies d'exécution. — Paris, Rousseau, 1899.

Challamel (Jules). — L'hypothèque judiciaire. (Mémoire couronné, prix Rossi, 1880).

Chauveau (Adolphe) et **Glandaz** (M.). — Formulaire général et complet ou traité pratique de procédure civile et commerciale. — Paris, Cosse et Marchal, 1862.

Chénou. — Origines, conditions et effets de la cassation, p. 186.

Collinet. — Étude sur la saisie privée.

Corniquet (Louis-A.). — Le Homestead. (Le foyer de famille insaisissable). — Paris, Pedone, 1895.

Curasson. — Traité de la compétence des juges de paix, t. 1, p. 73.

David (Alfons). — Die vollstreckbaren Urkunden der Civil-processordnung. (Les titres exécutoires du Code de procédure civile [allemand]). — Bonn (thèse), Georgi, 1893.

Daguin. — L'autorité des jugements étrangers. — Paris (thèse), 1887.

Delius (M.). — Das Amt des Notars. (L'office du notaire). — Lissa, Gunther, 1864.

Demolombe. — Droit civil, t. xxiv, n^o 491.

Demolombe. — Traité du mariage, t. 1, n^{os} 169 et 170.

Doré. — Exécution forcée des jugements et des actes. — Paris (thèse), 1848.

Ebert (Eugen) et **Dudek** (Heinrich). — Gesetz ueber die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (Loi sur affaires de juridiction gracieuse). — Breslau, Marcus, 1898.

Esmein. — Etude sur les contrats dans le très ancien droit français.

Fidler (F.). — Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (L'exécution forcée sur le patrimoine immobilier).

Fiore (Pasquale). — Droit international privé, traduit de l'italien par P. Pradier-Fodéré. — Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

Fischer (Otto) et **Heule** (Wilhelm). — Bürgerliches Gesetzbuch... (Handausgabe) (Code civil allemand, manuel). — Troisième édition refondue et augmentée, Munich, Beck, 1899.

Fœlix. — Traité du droit international privé, t. II, § 324, p. 46 et 47 (4^e édition).

Foertsch. — Der Code civil und das bürgerliche Gesetzbuch. (Le Code civil français et le Code civil allemand), p. 148, 292 et *passim*.

Freund (Dr. J.). — Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke im Gebiete des allgemeinen Landrechts. (L'exécution forcée par les événements dans le droit commun [allemand]).

Friedlaender (J.). — Notariatsordnung vom 25 juli 1871. (Ordonnance [autrichienne] sur le notariat, du 25 juillet 1871). — Vienne, collection des lois de Manz, 1896.

Garraud (René). — De la déconfiture.

Garsonnet (E.). — Traité élémentaire des voies d'exécution. — Paris, Larose, 1894.

Gaupp. — Die Zwangsvollstreckung (L'exécution forcée), p. 3 et *passim*.

Gesetz enthaltend Bestimmungen ueber das Notariat. (Loi contenant les dispositions sur le notariat). — Berlin, Decker, 1880.

Gide. — Etude sur le Grundbuch. (Annuaire de législation comparée, 1872, p. 236, et note 1).

Glasson. — Voir Boitard, etc.

Glasson. — La réforme de la procédure civile en France. (Extrait de la Revue générale du droit et des sciences politiques, 1^{er} septembre 1886).

Glasson (E.), **Lederlin** (E.) et **Dareste** (F.-R.). — Code de

procédure civile pour l'empire d'Allemagne, traduit et annoté. — Paris, imprimerie Nationale, 1877.

Gönner (V.). — Handbuch über die civilpr. (2^e éd., t. iv, p. 227-230). (Manuel de procédure civile).

Gradenwitz (Otto). — Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung (Exécution forcée et sa garantie). — Berlin, Springer, 1888.

Grasserie (Raoul de La). — Traduction du Code civil allemand. — Paris, Pedone, 1898.

Grolman. — Lehrbuch (2^e éd., § 245, p. 540), (manuel).

Heffter. — Institutionen des Civilprocess. (p. 432-433). (Institutions de procédure civile).

Heidenfeld (Dr). — Die Zwangsversteigerung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung. (La vente forcée aux enchères d'immeubles comme mode d'exécution forcée).

Henle (W.). — Die preussische und die bayerische Subhasbationordnung (Procédure prussienne et bavaroise de mise aux enchères immobilières).

Hesse (M.). — Immobilienrecht und Immobiliarexecution nach den preussischen Gesetzen von 5 mai 1872 und 13/18 juli 1883. (Le droit immobilier et l'exécution immobilière d'après les lois prussiennes du 5 mai 1872 et des 13-18 juillet 1883).

Hommel (M.). — Ueber materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urtheilen. — Wurzburg (thèse), Seelmeyr, 1892.

Hooghe (A. d'). — Traité sur la saisie-arrêt. (Loi du 12 janvier 1895). — Bordeaux, Delagrangé, 1897.

Horten (Dr Heinrich). — Die Personalexekution in Geschichte und Dogma. (L'exécution personnelle, historique et dogmatique). — Vienne, collection de Manz, 1893.

Isaure-Toulouse. — Traité formulaire de procédure pratique. — Paris, Giard, 1895.

Ihering. — Der Besitz. (La possession).

Jay. — De la compétence des juges de paix, n° 1242.

Journal des avoués, t. LXXXII, p. 26.

Journal des notaires et des avocats, 1857, pp. 421 et suiv.

Journal du notariat, 8 sept. et 10 oct. 1857.

Kockerols. — Die Notariats Einrichtungen in Deutschland und Oesterreich. (Du notariat en Allemagne et en Autriche). — Leipzig, Pfeffer, 1897.

Kori. — Exekutivprozess, § 5, p. 9. (Procédure d'exécution) (2^e édition).

Krapf (Franz). — Die rechtliche Stellung der Notare nach bayerischem Staatsrecht. (De la situation juridique du notaire d'après le droit constitutionnel bavarois), pp. 27 et suiv. — Lindau (thèse), 1894.

Krech (J.) et **Fischer** (O.). — Das preussische Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13 juli 1883. (Loi prussienne concernant l'exécution forcée en matière immobilière du 13 juillet 1883), 2^e édition comprenant l'historique de l'exécution. — Berlin et Leipzig, Guttentag, 1886.

— *Le même* (pp. 55 et suiv.), 3^e édition complètement refondue, 1894.

Laurent. — Cours de droit civil (t. xxviii, p. 330, n^o 325; t. xxix, p. 314, n^o 179).

Lehr (Ernest). — Traité élémentaire de droit civil germanique. — Paris, Plon, Nourrit et C^{ie}, 1892.

Loyseau. — Traité des offices, liv. II, chap. v, n^o 48.

Martin. — Lehrbuch des bürgerl. Processordnung, 12^e édit. (§ 250, p. 458). (Manuel de procédure civile).

Michel (Georges). — Une iniquité sociale ; les frais de vente judiciaire.

Mittermaier. — Der gemeine deutsche Proz., t. iv, pp. 107-109. (La procédure ordinaire allemande).

Montesquieu. — Esprit des lois, liv. xii, ch. xxi.

Montluc (De). — La faillite en droit espagnol. (Revue de droit intern., t. I, pp. 589 et suiv.).

Montluc (Léon-Pierre-Adrien de). — De la faillite des non commerçants. — Paris (thèse), Alcan-Levy, 1869.

Mourlon. — Répétitions écrites de droit civil, t. III, n^o 1239, p. 565.

Mugdan (Leo). — Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (L'exécution forcée sur le patrimoine immobilier).

Muhlenbruch. — Entwurf des Civilproz., § 558, p. 244-245. (Projet de Code de procédure civile).

Muther (Theodor). — Sequestration und Arrest im roemischen Recht. (La séquestration et l'arrêt en droit romain). — Leipzig, Hirzel, 1856.

Peiser. — Die Zwangsverwaltung von Grundstuecken. (L'administration forcée [séquestre] des immeubles).

Peiser. — Die Gechaeffsfuehrung der Zwangsverwaltung in die gerichtliche Zwangsverwaltung (De la gestion en matière d'administration forcée [séquestre d'immeubles]), 1893.

Pothier. — Traité de procédure civile, t. iv, 2 et *passim*.

Poucet. — Traité des jugements, t. ii, p. 324.

Prévost. — L'exécution forcée aux différents âges de la procédure. — Paris (thèse), 1864.

Rauter. — Procédure allemande de faillite et de déconfiture. (Revue française et étrangère de législation, t. i, p. 577).

Rehfous. — De la faillite des non-commerçants.

Renouard. — Des faillites et des banqueroutes.

Renouard. — La réforme de l'art. 137 du Code pénal par la loi de 1838.

Revue de législation comparée, sept. 1896.

Rintelen. — Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Vente forcée et administration forcée [séquestre]).

Rivier (Alphonse). — Éléments de droit international privé ou du conflit des lois. — Paris, Rousseau, 1884.

Rodière (A.). — Cours de compétence et de procédure en matière civile. — Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

Roger (Augustin et Fr.). — Traité de la saisie-arrêt. — Paris, Durand, 1860.

Rolin (Albéric). — Principes du droit international privé et application aux diverses matières du Code civil. — Paris, Chevalier-Marescq, 1897.

Rousseau (Rodolphe) et **Laisney.** — Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative. — Paris, Rousseau.

Roy. — L'autorité des jugements étrangers. — Paris (thèse), 1887.

Savigny (Von). — Geschichte des roemischen Rechts im Mittelalter. (Histoire du droit romain au moyen âge).

Schmidt. — Der gerichtliche Zwangsverwalter. (L'administrateur forcé [séquestre] légal).

Schmidt (S.). — Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (L'exécution forcée en matière de patrimoine immobilier).

Schwartz (Dr E.). — Die Zwangsvollstreckung in Immobilien. (L'exécution forcée en matière immobilière) (Manuel avec notes).

Schneider (K.). — Zur Einführung der subhastationsordnung vom 13 juli 1873 in die hannoversche Praxis. (Introduction à l'ordonnance sur la vente immobilière du 13 juillet 1887 dans la pratique hanovrienne).

Seuffert. — Civilprocessordnung (Handbuch). (Manuel de procédure civile).

Siméon. — Die Gesetze ueber das Notariat und die Gebuehren der Notare... (Les lois sur le notariat et le tarif notarial). — Berlin, Heymann, 1891.

Skedl (Dr Arthur). — Das Mahnverfahren. (La « *Procédure par voie de sommation.* ») — Leipzig, Bernard Tauchnitz, 1891.

Stegeman (W.). — Die Materialien zum Gesetze vom 13 juli 1883. (Projets et pièces à l'appui de la loi du 13 juillet 1883).

Strauss (Charles). — Commentaire de la loi du 12 janvier 1895 relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers ou employés. — Paris, Muzard et Ebin, 1896.

Tambour (Jules). — Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français. — Paris, Durand, 1856.

Tombeau. — Institutions du droit consulaire, liv. 1, tit. 1, p. 11.

Valentin (Otto). — Die auf Handlungen gerichtete Zwangsvollstreckung. (De l'exécution forcée de l'obligation de faire). — Francfort-sur-le-Mein (thèse), Waldschmitt, 1892.

Wach (Adolf). — Handbuch des deutschen Civilprocessrechts. (Manuel de procédure civile allemande). — Leipzig, Duncker et Humblot, 1885. (Collection Binding).

Weiss (André). — Traité théorique et pratique de droit international privé, 3 volumes parus. — Paris, Larose, 1892 et suiv.

Weiss (André). — Traité élémentaire de droit international privé. — Paris, Larose, 1890.

Wildschadengesetz vom 11 juli 1891. (Loi sur le dommage causé par le gibier du 11 juillet 1891, Recueil des lois de l'Empire, p. 307).

Wilmanns (C.). — Formularbuch zu dem Gesetze betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (Traité formulaire concernant la loi d'exécution forcée en matière immobilière).

Wilmowski (de) et M. **Levy**. — Civilprocessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz (Code de procédure civile et lois d'introduction), 7^e édit. — Berlin, Wahlen, 1895.

Wolff (Th.). — Die Eintragung in das Grundbuch zur Vollstreckung einer Forderung. (L'inscription au Grundbuch en tant qu'exécution de créance).

Préface

Dans notre législation actuelle, les facilités laissées au débiteur pour échapper à l'exécution et les voies offertes au créancier pour l'y contraindre sont telles que la lutte n'est pas égale.

Obtenir un jugement est chose relativement facile, tandis que les difficultés d'exécution, au point de vue de la mainmise sur le patrimoine du débiteur, se transforment trop souvent en impossibilité, grâce à la seule imperfection de nos lois. Ces dernières n'autorisent même pas le créancier, armé d'un titre exécutoire, à exercer un *droit de contrôle* sur le patrimoine du débiteur et à lui demander compte de ce qu'il aurait dissimulé ; le créancier doit donc, la plupart du temps, se contenter de ce qu'il trouve : faut-il s'étonner qu'il ne trouve généralement rien ?

Quoi de plus simple, d'ailleurs, que d'échapper à toute poursuite ? Un procès peut facilement durer des années entières, grâce à un jeu savant d'incidents, d'exceptions dilatoires et d'enquêtes. Si ces moyens ne suffisent pas, le débiteur avisé usera alors des défauts, des oppositions, des délais d'appel, des remises, en un mot, de la multitude

de moyens que le plaideur, en quête de délais, trouve si facilement dans notre procédure. Il peut donc être assuré, point capital, que le temps ne lui manquera certainement pas pour se mettre à couvert. Pour ce faire, il n'a, pour ainsi dire, que l'embarras du choix. Nous ne parlerons même pas des procédés pourtant si communément employés : séparation de biens frauduleuse, régime dotal savamment combiné aux dépens des tiers, donations, ventes simulées, conseil judiciaire tenu secret (1), etc., etc., procédés toujours quelque peu dangereux, si la fraude vient à être prouvée. Non, quel besoin pour le débiteur de violer la loi ? Ne lui offre-t-elle pas elle-même les moyens de se mettre à l'abri de toute poursuite ?

Peut-on l'empêcher, par exemple, de convertir tous ses meubles et immeubles en rentes sur l'État, nominatives bien entendu, pour éviter toute fâcheuse fluctuation de

(1) On sait que le nom d'un individu pourvu d'un conseil judiciaire est affiché dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement (Art. 501 du Code civil). Cette publicité est absolument illusoire, si le prodigue prend soin de chercher ses dupes hors de cet arrondissement.

La loi du 16 mars 1893, suivant le plan qui aboutira, espère-t-on, au « casier civil, » a bien tâché d'obvier à cet inconvénient, mais sans y parvenir pratiquement ; dorénavant, tout individu pourvu d'un conseil judiciaire aura cette mention inscrite sur un registre tenu au lieu de sa naissance. Cette mesure n'est qu'un palliatif, car l'intéressé n'aura, le cas échéant, qu'à dissimuler par un artifice quelconque le lieu de sa naissance. D'ailleurs, peut-on concevoir un de nos grands magasins ou une institution de crédit, dont la facilité en affaires est une des principales causes de succès, s'astreindre à faire une enquête sur chaque client, à lui réclamer son acte de naissance à chaque opération ? Le seul remède pratique serait, à notre avis, d'assimiler l'interdit judiciaire qui, de mauvaise foi, réussit à contracter en cachant son incapacité, à l'individu qui use de manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire et le poursuivre conformément à l'art. 405 du Code pénal.

jurisprudence (1), voilà déjà le plus gros de sa fortune insaisissable, puis sous-louer son appartement à un ami, ou mieux encore vendre en bonne et due forme ses meubles et ses chevaux à son tapissier et à son cocher qui s'engagent, en retour, à les lui sous-louer pour une somme minime ? Il est maintenant hors de toute atteinte. Que l'huissier le plus retors vienne instrumenter, il ne lui restera pour maigre dédommagement qu'à mettre la main sur quelques hardes et objets de toilette qu'il estime appartenir personnellement au débiteur et que ce dernier fera d'ailleurs, et souvent avec succès, âprement revendre.

Que restera-t-il au créancier ? La chance de voir survenir et la patience d'attendre quelque succession, quelque créance susceptible de saisie-arrêt, si, toutefois, grâce à des artifices aussi faciles que nombreux, le débiteur plus diligent ne se fait pas payer à temps.

La pratique abonde en exemples typiques de cette nature, et nous pourrions citer telle famille, de haute naissance et plusieurs fois millionnaire, dont les créanciers, jusqu'aux plus humbles fournisseurs, depuis plus d'un quart de siècle, ont épuisé tous les moyens de droit connus et fait appel sans succès à la sagacité des huissiers de la capitale.

Nous affirmons que ces manœuvres frauduleuses sont journalières et nous estimons qu'elles se renouvellent beaucoup plus souvent que l'Ecole ou le Palais ne peuvent s'en faire une idée.

(1) Les décisions contraires rendues simultanément par la 1^{re} et la 5^e Chambre du Tribunal de la Seine, en 1896, ne visent pas, en effet, les rentes sur l'État *nominatives*, qu'une jurisprudence constante déclare insaisissables. (Cfr.: Cass., 2 juillet 1894).

Pour le juge, sa décision une fois rendue, son rôle est terminé, il n'a plus à s'occuper de l'affaire, il n'en entendra probablement jamais plus parler, il n'aura jamais à s'inquiéter de savoir si le créancier a reçu satisfaction. Quand, d'aventure, il apprendra que ce dernier n'a rien obtenu, si le débiteur n'est pas trop maladroit et la comédie bien jouée, il croira, souvent avec le créancier lui-même, pourtant principal intéressé, que l'exécution n'a pu aboutir par suite de l'insolvabilité réelle du débiteur et il accusera souvent, et à tort, non la loi, mais la fortune.

La doctrine, de son côté, a rangé la matière de l'exécution forcée parmi les questions dites de fait, dont elle ne s'occupe qu'à son corps défendant.

Il n'y a, en effet, en cette matière, ni grave question de principes, ni subtile et passionnante théorie de droit ; la législation romaine n'est guère riche sur ce sujet, nous venons de voir que notre jurisprudence le méconnaît, la doctrine, à son tour, semble l'ignorer.

Pourtant, l'insuffisance d'une législation en cette matière peut paraître, à juste titre, inconcevable. Après avoir triomphé à grand'peine d'un adversaire qui a, nécessairement, accumulé tous les obstacles, puisqu'il est, la plupart du temps, de mauvaise foi, faut-il faire naufrage au port, obtenir une satisfaction purement platonique, impossible à réaliser ?

Tous ces travaux, ces lois si étudiées, ces Codes si complets, la science de l'Ecole et la prudence des magistrats, n'ont-ils donc que le but purement théorique de démêler le bon droit, et non de le *sanctionner* ?

Nous en sommes même arrivés à ce résultat incroyable que beaucoup d'esprits juridiques pensent que les difficul-

tés d'exécution sont insurmontables et qu'elles tiennent davantage à la nature des choses qu'à l'imperfection de nos lois. C'est là une grave erreur, et l'argument le plus probant résulte d'un simple rapprochement de droit comparé.

Comment se fait-il que les faits que nous avons exposés et qui, nous le répétons, sont journaliers en France, ne peuvent avoir lieu, en aucune façon, sous l'empire de législations voisines de la nôtre ? La réponse est facile : c'est que ces dernières ont actuellement un véritable code sur l'*exécution forcée* et ont armé ce droit de pénalités sévères pour quiconque tenterait de s'y soustraire.

Bien plus, les modes d'exécution sont différents de chez nous et combinés fort heureusement pour accorder toute satisfaction au créancier, tout en sauvegardant les intérêts du débiteur lui-même.

Enfin les titres en vertu desquels on peut exécuter sont bien autrement divers qu'en France, quelques-uns sont originaux et se rattachent à une procédure spéciale qu'il serait fort souhaitable de voir introduire parmi nous.

Nous examinerons ces différents points, et après les avoir mis en lumière, nous discuterons l'opportunité de leur admission dans notre législation : tel est le plan et le but du présent travail qui, à défaut d'autre mérite, aura peut-être celui de la nouveauté.

PREMIÈRE PARTIE
CAS DANS LESQUELS ON PEUT EXÉCUTER
(Quand peut-on exécuter ?)

CHAPITRE PREMIER

Titres en vertu desquels l'exécution forcée peut avoir lieu en France.

A. — Grosses et actes notariés.

B. — Exceptions :

1° Jugements exécutoires sans grosse ;

2° Actes exécutoires sans grosse et même sans formule ;

3° Décisions administratives.

Il ne peut y avoir d'exécution forcée en France sans titre exécutoire (1).

A son tour un titre exécutoire est presque toujours suivi de la formule exécutoire, ainsi que nous allons le voir immédiatement.

(1) Cfr. C. P. C. fr., art. 545.

Cette disposition se trouvait déjà inscrite dans la plupart de nos Coutumes. L'art. 406 de la Coutume de Paris consacre cependant une exception qu'il peut être intéressant de relever, car elle est probable-

En règle générale, la formule est employée dans toutes les grosses des jugements ou arrêts, et dans les grosses des contrats notariés. Faute de formule, l'exécution de ces jugements et de ces actes ne pourrait avoir lieu : « Nul jugement ou acte ne pourront être mis à exécution « s'ils ne portent le même intitulé que les lois et ne sont « terminés par un mandement aux officiers de justice, » ainsi qu'il est dit à l'art. 146 (1).

Cette règle, qui paraît conçue en termes absolus, comporte pourtant, ainsi que nous allons le voir, quelques exceptions assez notables, puisque nous trouverons des jugements exécutoires sans formule, et d'autre part des catégories diverses d'actes qui, sans même être notariés, sont exécutoires avec ou même sans la formule.

Les jugements qui peuvent être exécutés sans être revêtus de la formule exécutoire sont :

Les référés exécutoires sur minute (2).

De même les jugements des juges de paix, quand il y a péril en la demeure (3).

Enfin les tribunaux ordinaires eux-mêmes en cas d'ur-

ment l'origine de la faveur trop marquée, suivant beaucoup, avec laquelle le Code civil traite le bailleur d'immeubles. Pothier explique ainsi le susdit article 406 :

« Néanmoins, notre coutume (art. 406) permet au seigneur d'hôtel, « de métairie ou de rente foncière de *procéder par voie d'exécution* pour « trois termes de loyer ou arrérages de sa rente foncière sur les meu- « bles qui occuperont sa maison ou métairie par lui donnée à loyer « termes ou rente foncière, et pour les fruits qui sont provenus des « héritages en dépendant, *quoiqu'il n'ait aucun titre exécutoire* contre le « locataire, fermier ou débiteur de la rente foncière. » (Pothier, *Proc. civ.*, IV, ch. II, § VI, *princ.*).

(1) C. P. C. fr., art. 545.

(2) C. P. C. fr., art. 811.

(3) Loi 25 mai 1838, art. 12.

gence, du moins d'après une jurisprudence constante, peuvent ordonner l'exécution de leurs jugements sur minute (1).

C'est ainsi qu'en matière de saisie immobilière, par exemple lorsqu'il s'élève des incidents la veille du jour fixé pour l'adjudication, la Cour d'appel qui en est saisie peut en ordonner l'exécution sur la minute de l'arrêt (2).

Nous serions heureux de partager cette doctrine. Notre procédure y gagnerait-en rapidité précisément dans des hypothèses où cette dernière serait la plus désirable. Malheureusement le système que nous souhaitons n'est pas soutenable dans l'état actuel de nos lois : malgré son but utilitaire, il ne nous paraît pas fondé en droit, qu'il s'agisse d'arrêts de cours d'appel ou de jugements susceptibles de recours.

Son premier effet serait d'annuler les dispositions si précises des art. 141, 142, 147 C. P. C. fr. : sous prétexte d'exécution provisoire urgente et déclarée exécutoire sur minute, le jugement ne contiendrait plus ni qualités, ni noms des juges, et ne serait pas signifié à avoué, ainsi qu'il est prescrit à peine de nullité.

En outre, il nous semble que le Tribunal ou la Cour ne peut accaparer une disposition qui a été imaginée expressément, spécialement, pour le juge de référés qui, nous le rappelons, statue toujours provisoirement, jamais au fond, alors surtout qu'une pareille extension est en contra-

(1) Cass. 10 janvier 1814 ; — Rennes, 27 août 1819 ; — Nîmes, 1^{er} août 1838, S. 39, 2, 100 ; — Cass. 27 janvier 1858, S. 58, 1, 728. — Cass. 2 décembre 1861, S. 63, 1, 161 ; — Favard de Langlade, t. III, p. 548.

(2) Rej. 10 janvier 1814. — Cfr. Dalloz, v^o *Jugements*, n^o 287.

diction flagrante avec les principes de droit étroit en matière d'exécution (1).

Ces principes sont les règles générales relatives aux jugements qui prescrivent de lever une grosse, de la munir d'une formule exécutoire, etc., et ils sont si formels, si impératifs, qu'il a fallu un article non moins formel pour y déroger dans le cas exceptionnel du juge de référé ou du juge de paix en matière urgente (2). Comment peut-on concevoir qu'on puisse donner une extension telle à l'exception qu'elle devienne la règle générale ? On nous répond qu'un tribunal aurait, en conséquence de notre doctrine, moins de pouvoir que son président statuant seul, et en référé. Sans aucun doute, et la loi l'a voulu ainsi : faut-il rappeler encore une fois que le juge de référé a un caractère spécial, anormal allions-nous dire ; que des règles particulières le régissent ; règles de fond sur sa compétence bornée, par exemple, règles de forme enfin comme celle qui nous occupe et qui lui sont spéciales. « Dire comme
« on l'a fait qu'un tribunal de première instance ne sau-
« rait avoir moins de pouvoirs que son président statuant
« seul en référé, c'est commettre une erreur certaine, car
« le juge de paix et les magistrats qui tiennent l'audience
« des référés ne doivent leurs pouvoirs extraordinaires
« qu'à l'extrême urgence de la plupart de leurs jugements ?
« Dira-t-on, parce qu'ils ont le droit de juger chez eux
« portes ouvertes, que les tribunaux de première instance

(1) *Sic* : Coffinières, *J. avoc.* ; — Berriat Saint-Prix, p. 506 ; — Chauveau p. 588 ter ; — Paris, 27 juin 1810 ; — Montpellier, 18 décembre 1810 ; — *D. Rép.*, v^o *Jugement*, n^o 378 ; — *Ibid.*, suppl., n^{os} 413 et suiv. ; — Garsonnet, t. III, §§ 482 et suiv.

(2) C. P. C. fr., art. 811. Cfr. également pour le juge de paix : Loi 25 mars 1838, art. 12.

« pourraient tenir, eux aussi, audience dans le cabinet de
« leur président (1) ? »

Rien ne peut faire éclater plus nettement l'inanité du système adverse que ces quelques mots de notre savant et honoré maître. Pourtant, à part un arrêt qui paraît consacrer notre opinion (2), la jurisprudence est établie d'une façon définitive en sens contraire (3). Toutefois elle prétend ne pas généraliser ce procédé et ne l'appliquer que quand il y a véritablement urgence (4). Elle décide également que c'est là une question de fait qui est laissée à l'appréciation des juges du fond (5). Quant à cette appréciation, elle peut résulter soit de la constatation *formelle* du juge, soit même en dehors de cette constatation, si elle résulte des faits particuliers au procès (6).

La jurisprudence avait même voulu aller plus loin et avait commencé à décider, continuant un usage de notre ancien droit, paraît-il (7), qu'un juge ou un tribunal pourrait rendre exécutoire la copie signifiée d'un arrêt ou d'un jugement.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Toulouse (17 déc.

(1) Garsonnet, t. III, § 482, p. 324.

(2) Paris, 22 juin 1861, D. 61, 5, 203.

(3) Req. 27 janv. 1858, D. 58, 1, 158 ; — 2 déc. 1861, D. 62, 1, 463 ; — 3 avril 1872, D. 73, 1, 25.

(4) 1^{er} juin 1872, D. 73, 2, 55.

(5) 27 janv. 1858, D. 58, 1, 158.

(6) La jurisprudence n'exige point des motifs développés et formels ; elle admet la simple formule : « Vu l'urgence » (Cfr. 27 janv. 1858, *loc. cit.*), et même la simple constatation d'urgence (Cfr. 2 déc. 1861, *loc. cit.*). Elle va trop loin suivant nous en faisant résulter l'urgence, dans le silence du juge, des éléments de la cause (2 avril 1872, *loc. cit.*).

(7) Berriat Saint-Prix, *loc. cit.*, p. 506 et la note.

1829) (1) considérait comme authentique et exécutoire une copie d'arrêt signifiée d'avoué à avoué par le ministère d'un huissier, alors surtout que l'exécution de cette copie avait été ordonnée sur requête par la Cour qui avait rendu l'arrêt, *le dernier arrêt étant devenu le titre en vertu duquel la saisie avait été faite.*

Nous ne partageons pas cette opinion, et nos arguments seront nombreux pour la réfuter.

La copie de la grosse contient bien la formule exécutoire, mais il est évident qu'elle ne peut être écrite d'une main quelconque, et jamais personne ne pourrait soutenir qu'un huissier ait ce pouvoir.

Cette objection est si forte qu'elle paraît avoir été prévue par les auteurs de cette jurisprudence puisqu'ils ont eu le soin de donner une habilitation, impossible suivant nous, à la copie signifiée, soit au moyen d'une ordonnance du Président, soit au moyen d'un second arrêt ou jugement, de sorte que le titre exécutoire ne paraît plus être la copie, mais bien cette ordonnance ou ce jugement.

Posée en ces termes, la question devient plus délicate, mais doit comporter encore, suivant nous, la même solution.

Aux termes de l'art. 551 C. P. C. « Il ne sera procédé à « aucune saisie mobilière qu'en vertu d'un titre exécutoire. »

« Pour qu'un titre soit exécutoire, il doit présenter le même intitulé que la loi (2). »

Cette condition toutefois n'est pas suffisante, il faut, de plus que le titre soit *authentique*.

(1) Dalloz, Rép., v^o *Jugement*, loc. cit. De même : S. 30, 2, 104. — Sic : Tribunal de Béziers, 1828, aff. Castagné.

(2) C. P. C. fr., art. 545.

La copie signifiée d'un jugement émanant d'un huissier est-elle un titre authentique ?

La question paraît au premier abord devoir se résoudre par l'affirmative, il n'en est rien cependant et une distinction est nécessaire.

Ce titre ne peut être autre chose, son nom l'indique, qu'une *signification*. L'huissier atteste (avec la force probante que nous connaissons) qu'une signification a eu lieu ; là s'arrête son rôle, le reste n'est qu'une simple *énonciation*, et cette proposition est encore plus certaine en matière de copie de jugement plus qu'en aucune autre peut-être, puisque ces copies ont un régime particulier, sont précisément soumises à des règles rigoureuses et spéciales, dont l'observation desquelles dépend l'authenticité.

Aussi cette copie ne peut-elle faire foi en justice, et dans le cas notamment où la minute et la grosse du jugement auraient disparu, elle ne pourrait certainement pas les remplacer (1).

L'art. 1335 C. C. fr. est d'ailleurs formel et ne fait que confirmer par un texte ce que nous avons déduit par le raisonnement. Il nous indique d'une manière fort précise quelle est la valeur juridique de la copie d'un jugement.

Suivant cet article (*princ.*) les grosses font la même foi que l'original. Notre copie n'est évidemment pas une grosse.

Les deux premiers paragraphes de cet article ne s'appliquent pas non plus à notre hypothèse, en décidant qu'une copie tirée *sur la minute* d'un acte par un autre officier public que celui qui l'a reçu ne peut servir que de commencement de preuve par écrit. Il faudrait que notre

(1) Cfr. C. C. fr., art. 1335. *Sic* : Carré et Chauveau, 1^{re} P., Liv. v, n^o 1898.

copie de jugement ait été copiée sur la *minute* du jugement, ce qui n'est pas le cas (1).

Notre copie ne peut donc avoir que la valeur indiquée par l'article 1335 *in fine* et ne peut être considérée *suivant les circonstances* que comme un simple renseignement.

Cette copie de jugement n'est donc certainement pas authentique. Dès lors ce titre manque d'une des deux conditions nécessaire pour qu'il soit exécutoire.

Il nous est dès lors facile de prouver en outre que l'ordonnance apposée sur la copie ne peut la rendre exécutoire.

Comment peut-on concevoir qu'un président ou un tribunal puisse ordonner l'exécution d'un jugement, alors que non seulement son contenu, mais encore son existence même ne sont pas légalement prouvés, en vertu d'un document qui n'est pas authentique, qui n'est pas même un commencement de preuve par écrit, mais qui ne peut et doit être considéré que comme un simple renseignement (2) alors surtout que les actes exécutoires sont précisément soumis à des règles formelles et étroites, relatives à la délivrance, aux officiers spécialement compétents, à des garanties matérielles d'authenticité (sceau, visa du président, etc.) ?

Pourquoi, dès lors, le président n'aurait-il pas le pouvoir d'habiliter ainsi, de convertir en actes exécutoires toutes sortes de documents, qui, comme notre copie de jugement, ne seraient ni exécutoires ni authentiques ?

En d'autres termes, puisque la signification d'une copie ne fait pas foi de la copie, comment, en voulant transformer par hypothèse cette copie en acte exécutoire, pour-

(1) Chauveau, *loc. cit.*

(2) Cfr. *suprà* et article 1335 *in fine*.

rait-on donner à cet acte le caractère d'authenticité, puisque la simple copie ne l'a point ? Or nous savons que l'authenticité est requise en matière d'exécution.

Rappelons que suivie ou non d'un second jugement qui en ordonne l'exécution, cette copie ne porte point la formule exécutoire écrite de la main d'un des deux officiers publics qui ont seuls le droit d'apposer cette formule et que personne n'accorde ce pouvoir à un huissier.

En outre, le système que nous combattons aboutirait dans tous les cas à la délivrance d'une seconde formule, en dehors des règles impératives et des formes que la loi a prévues et reconnues dans ce cas (1).

De plus, les copies de jugement habilitées par ordonnance violeraient précisément la législation sur la matière, puisque les cas d'exécution sur ordonnance sont limitativement énumérés (2) et ne comprennent pas celui-là.

Enfin cette dérogation n'a même pas, cette fois, l'excuse ordinaire de la jurisprudence : l'utilité. Quel est le but, quel est l'intérêt de prononcer un second jugement pour en faire exécuter un premier dans des formes anormales ? Où est le perfectionnement réalisé, la complication supprimée ? il n'y a pas de lacune à combler, d'urgence à invoquer.

Les règles ordinaires sont plus simples, elles sont d'ailleurs expressément édictées par le Code, pourquoi non seulement les violer, mais encore les compliquer ? Peut-

(1) Cfr. C. P. C. fr., art. 839 à 858. — Art. 26 de la loi du 26 ventôse an xi (notaires).

(2) C. P. C. fr. : art. 110, 191, 259, 263, 297, 403, 417, 808, 842 et 1020. *Sic* Dalloz, *V° Jugement, loc. cit.*, de même Chauveau, *loc. cit.*

être ce dernier argument à lui seul a-t-il décidé la jurisprudence à revenir sur ses errements et à abandonner d'elle-même cette théorie hasardée (1) (2).

(1) Toulouse, 17 déc. 1829, *loc. cit.* — En sens contraire (négative) : *Journal des avoués*, t. 34, p. 251 (année 1828) ; — *Journal des avocats*, t. 38, p. 204 (consultation de M. Carles) ; — Toulouse, 15 nov. 1858, et *J. des avoc.*, t. 84, p. 583 ; — Carré et Chauveau, art. 545, t. 4, p. 499 ; — Carré et Chauveau, suppl., V^o Exécution forcée, n^o 54, Q. 1898 ; — Berriat St-Prix, *loc. cit.*, p. 506 et la note.

(2) De ce que le Tribunal ne peut convertir une simple copie en grosse, faudrait-il en déduire que le notaire n'aurait pas ce pouvoir et décider par exemple qu'il ne pourrait transformer une simple expédition en grosse, en la revêtant de la formule exécutoire après qu'elle a déjà servi, notamment à la transcription d'un contrat de vente ?

La question est beaucoup plus délicate : nous ne connaissons pas de décision judiciaire tranchant la question qui, dans un même recueil spécial, a été presque simultanément résolue à la fois par l'affirmative et par la négative par deux auteurs différents. (*Journal du notariat*, n^{os} du 8 sept. et du 10 oct. 1857).

Nous pensons, quant à nous, peut-être avec la majorité de la doctrine, qui, nous le répétons, s'est seule occupée de la question (Cfr. pour la négative, *Journal des notaires et des avocats*, 1857, p. 421 ; — Carré, suppl., V^o Exécution, n^o 44), que conférer ce pouvoir au notaire serait l'exposer à de graves inconvénients :

D'abord, dans l'exemple donné, M. Chauveau remarque avec raison que dès qu'il y a eu transcription d'une expédition d'un acte, il s'en suit que cette expédition revêt un caractère d'immutabilité, que la formule de la grosse et la date de sa délivrance ajoutées après coup lui feraient perdre.

En second lieu, pour qu'un notaire évite le reproche et la responsabilité d'avoir donné une expédition à d'autres qu'aux intéressés (Loi 25 vent. an xi, art. 26) il lui importe d'indiquer à qui et dans quel but il a fait remise de cette expédition. Comment cette mention sera-t-elle véridique, si l'expédition doit servir à plusieurs fins ?

Toutefois ces considérations ne peuvent pas nous amener à admettre avec les partisans de la négative, qu'une expédition revêtue après coup de la formule par le notaire n'aurait aucune force exécutoire et vicierait toute la procédure d'exécution qui s'appuierait sur elle.

Nous ne pouvons adopter cette solution. Les arguments que nous avons développés ne suffisent pas suivant notre opinion à consacrer un système aussi radical : ils ne servent qu'à prouver qu'un tel usage serait fâcheux et dangereux pour le notaire. Si, nonobstant les difficul-

Quoi qu'il en soit, toutes ces dérogations, tentées ou acceptées, résultent soit d'un texte formel, soit d'une extension donnée par la jurisprudence, reposant sur le même motif d'urgence : il s'agit de procès dont l'exécution doit être immédiate sous peine d'être lettre morte ; le jugement ou la sentence ne peuvent attendre la transcription matérielle de leur contenu sur une grosse ordinaire ; la loi ou la jurisprudence donnent le moyen de s'en passer.

Il est cependant une autre catégorie d'actes qui, sans être des jugements proprement dits ou des actes notariés, forment pourtant des titres exécutoires. Ce sont :

1° Les bordereaux ou mandats de collocation dans un ordre (1).

2° De même des bordereaux délivrés aux créanciers en matière de distribution par contribution (2).

Nous verrons une disposition analogue en matière de concours en cas de faillite commerciale ou civile (Konkurs) en droit allemand (3).

3° Les ordonnances de taxe aux témoins en matière d'enquête mentionnées sur la copie même de l'assignation ont même force au point de vue de l'exécution qu'un véritable jugement (4).

tés de ce procédé, le notaire passe outre, il engage sa responsabilité, mais il faudrait un texte précis pour nous autoriser à prononcer la nullité.

(1) C. P. C., art. 771.

(2) C. P. C., art. 671.

(3) Cfr. *infra*.

(4) C. P. C. fr., art. 277. — Cfr. Favard de Langlade, *op. cit.*, t. II, p. 369 ; — Carré et Chauveau, Q. 1086 ; — Thomine, p. 478 ; — Boncenne, p. 296 ; — Rousseau et Luisney, V^o *Exécution*, n^o 89 ; — Le Code de procédure italien a reproduit la même disposition : [... L'annotation faite

4° Les exécutoires de dépens sont par eux-mêmes des titres exécutoires (1).

En conséquence il n'est pas nécessaire de donner copie en tête du commandement, notamment à fin de saisie immobilière, du jugement qui a servi de base à l'exécution (2).

Cette seconde catégorie d'exceptions repose sur une idée différente de la première : il s'agit là, dans tous les cas, de questions annexes à un procès, la plupart du temps d'importance secondaire. Le législateur a pensé avec raison qu'il fallait les dispenser, en cas de contestation, de nouveaux frais de jugement, etc., réservés à la seule action principale. Il n'a donc pas été déterminé par l'urgence, comme dans le premier groupe d'exceptions que nous avons exposées, mais bien par le désir de simplifier les formalités, d'épargner des frais, et ce, en certains cas délimités.

Rappelons enfin qu'il existe un dernier groupe de titres non revêtus de la formule exécutoire ou revêtus d'une formule exécutoire spéciale : ce sont ceux qui servent à exécuter les arrêtés et actes administratifs.

Cette question a été longtemps controversée en droit et dans la pratique, et nous ne la discuterons, sous peine de sortir du cadre que nous nous sommes imposé, qu'au point de vue strictement formulaire.

par le juge en marge de la taxe due au témoin] tient lieu de jugement rendu en forme exécutoire contre la partie qui a présenté le témoin (C. P. C. ital., art. 245).

(1) Cfr. Dalloz, V° *Frais* ; — Isaure-Toulouse, *Traité formulaire*, n° 99, p. 100 ; — C. P. C. fr., art. 544, et décret 16 février 1807, art. 5.

(2) Cassat., 27 décembre 1820, Dalloz, *loc. cit.* — Rappelons toutefois que les *sentences arbitrales* ne sont point exécutoires sans formule et que les jugements d'*exequatur* comprennent nécessairement la formule pour les rendre exécutoires.

Il y avait quelques raisons de douter que les décisions contentieuses du Conseil d'État fussent exécutoires de plein droit, alors surtout que le Conseil d'État est réputé ne donner que de simples avis.

Un décret du 11 juin 1806 a mis fin à cette incertitude et décide que « le Secrétaire général de notre Conseil d'État « délivrera à qui de droit des expéditions des décisions « et avis de notre Conseil qui auront notre approbation. « *Les expéditions seront exécutoires.* »

La formule, en ce cas, est différente de la formule ordinaire et est ainsi conçue : « La République mande et ordonne au ministre de...., en ce qui le concerne, et à tous huissiers, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision. » (Décr. du 2 août 1879, art. 25).

Pour les autres tribunaux administratifs on est surpris de trouver l'usage établi d'exécuter avec ou sans formule, cette dernière n'étant pas obligatoire, ainsi qu'il résulte d'un avis du Conseil d'État du 5 février 1826. Il semblerait *a fortiori* que ces tribunaux dussent être habilités par une décision du pouvoir exécutif, puisqu'une telle décision est intervenue en faveur du Conseil d'État. Il n'existe pour ces tribunaux que le simple avis du Conseil d'État ci-dessus mentionné qui reconnaît cet état de choses (1).

Suivant Chauveau (*V^o Exécution*, n^o 47), les décisions administratives ne comporteraient en aucun cas la formule

(1) Cormonin, t. 1, p. 180 et 100; — Cotelle, t. 1, p. 181, n^o 16; — Dufour, t. 1, p. 567; — Bioche, *V^o Exécution des jugements*, n^o 49; — Serrigny, t. 2, p. 295; — Foucard, t. 3, p. 318; — Chauveau sur Carré, quest. 1894 et *Code administ.*, p. 580; — *Contrà* : Macarel, p. 561; — Historique : *Grande encyclopédie*. V^o *Formule*.

exécutoire, sauf en matière d'actes conclus par les fonctionnaires de l'ordre administratif, comme représentant une personne morale : une commune ou un établissement public par exemple (1).

Il n'y a en droit français que ces actes qui, sans être des jugements et sans être revêtus de la formule, forment pourtant des titres exécutoires.

Ces dérogations sont précieuses à relever ; elles montrent que malgré, la raideur de notre système de procédure, le législateur a été forcé d'y apporter quelques tempéraments : c'était là un timide essai vers un système rendant les cas d'exécution forcée plus nombreux, plus pratiques et moins onéreux ; nous verrons avec quel rare bonheur des législations étrangères qui se sont inspirées de la nôtre, ont su tirer parti de cette idée et multiplier des cas, originaux pour nous, d'exécution forcée.

(1) Un décret du 31 mai 1862 a rendu en effet la formule obligatoire pour les arrêtés des Conseils de préfecture en matière de comptabilité des communes et établissements publics (Décr. 31 mai 1862 sur la comptabilité publique, art. 434, § 1).

APPENDICE

Du titre paré.

On dit qu'un titre « a force exécutoire ou est paré lorsqu'il « autorise celui qui en est porteur de recourir immédiatement, pour l'exercice de son droit, à la force publique (1). »

Cette définition est exacte ; toutefois, titre exécutoire et titre paré ne doivent point être confondus. Dans notre ancien droit, une différence profonde existait entre eux ; dans notre droit actuel, au contraire, on peut dire avec une certaine justesse que le titre paré, à proprement parler, n'existe plus.

Au point de vue des textes, l'art. 547 du C. P. C. fr. est formel, il ne saurait exister de doute à cet égard, et la question devrait être tranchée *ipso facto*. Il s'est trouvé cependant des auteurs qui, grâce à une analogie de forme que nous allons exposer, ont soutenu que le titre paré existerait encore dans notre droit actuel, au moins en matière

(1) Rousseau et Laisney, *loc. cit.*

d'actes reçus par les notaires. Ils rattachent en effet le *visa* du Président du tribunal, exigé en matière d'actes notariés, à l'ancien *pareatis* (1).

Quelques mots d'histoire sont nécessaires pour détruire cette confusion.

Dans notre ancien droit un arrêt n'était généralement exécutoire que dans la limite de la juridiction du Parlement qui l'avait rendu. Pour être exécutoire dans un autre ressort, il fallait un « *pareatis* » émanant, soit du grand sceau, soit du Parlement, auteur de l'arrêt.

Suivant Pothier (2), « les actes pardevant notaires, même « par devant les subalternes, c'est-à-dire devant les notaires des Seigneurs, sont exécutoires par tout le royaume, pourvu toutefois, qu'au temps de l'obligation, la partie qui s'est obligée soit demeurante au lieu de la juridiction » (3).

Quant aux jugements, il est évident, ajoute-t-il, qu'ils sont exécutoires dans tout le ressort ou juridiction qui les a rendus ; mais pour qu'un arrêt soit exécutoire hors du ressort du Parlement, il faut qu'il soit accompagné d'un *pareatis du grand sceau* qui le rend exécutoire pour tout le royaume.

On appelle *pareatis* du grand sceau « des lettres obtenues en la Chancellerie, par lesquelles le roi mande au premier huissier ou sergent sur ce requis, de mettre un tel arrêt ou tel jugement à exécution ». (4)

(1) Cfr. la prescription analogue du Code de procédure italien (C. P. C. italien, art. 556 *in fine*).

(2) Pothier, *Traité de proc. civ.*, IV, 2, ch. II, § 2.

(3) Ordonnance de 1539, art. 6.

(4) Pothier, *ibid.*

En Bretagne l'exécution d'un jugement dans une autre juridiction avait lieu au moyen de *lettres réquisitoires* ; dans l'étendue du ressort de Paris ces lettres s'appelaient *de debitis*. (1) (2)

Cette formalité de *visa* et de *pareatis* fut abolie expressément par l'ordonnance de François II en 1560 (3), portant en substance « que tout ce qui est fait par nos dictes
« Cours et Juges est fait sous nos noms et autorité, et
« partant doit être exécuté par tout notre royaume et pays
« de notre obéissance. »

Ce fut en vain ; malgré l'ordonnance de Blois de 1579 (4) qui portait les mêmes prohibitions, les anciennes dispositions subsistèrent. Ne pouvant les abolir, l'ordonnance de 1629 les réglementa (5), et l'ordonnance de 1667 (6) divisa les *pareatis* en trois catégories : ceux au grand sceau délivrés par la Chancellerie royale et valables pour toutes les juridictions ; ceux délivrés par les Parlements dans le ressort desquels on voulait exécuter, et enfin ceux émanés du juge de cette juridiction.

Les motifs de cette formalité étaient de deux sortes, l'un fiscal, l'autre juridique. A ce dernier point de vue l'idée était la suivante : l'autorité du Parlement était purement

(1) Ferrière, *Dict.*, V° *De debitis*.

(2) Isambert, iv, 1. — Les mandements avaient un caractère spécial ; ils étaient adressés à un *sergent* pour lui ordonner d'exécuter le titre du créancier. Ces mandements étaient de deux sortes : les uns, obtenus de la chancellerie, étaient généraux et prescrivaient l'exécution de tous actes exécutoires au profit du même requérant ; les autres, émanés des juges royaux, visaient un seul acte et un seul débiteur. Cfr. Isambert, *loc. cit.* et xxii ; — Ordonnance de 1510. art. 60 ; — Merlin, *Rép.* V° *Debitis*.

(3) Isambert, xiv, 46.

(4) Ordonnance de Blois, art. 172.

(5) Art. 120.

(6) Titre xxvii, art. 6.

locale ; là où s'arrêtait sa juridiction, là s'arrêtait également son pouvoir. Il fallait donc nécessairement qu'un autre pouvoir lui vint en aide : c'était, soit le Parlement du lieu de l'exécution, qui, par son *visa*, reconnaissait, faisait pour ainsi dire sien, l'arrêt prononcé par un juge à lui étranger, soit le roi, vis-à-vis duquel les Parlements n'étaient que de simples délégués chargés de rendre la justice à sa place, et qui donnait l'ordre, par l'organe de sa chancellerie, que l'arrêt soit exécuté.

En prescrivant aux notaires (1) une légalisation pour les actes exécutoires hors de leurs ressorts respectifs (2), notre législation actuelle a un tout autre but et on peut dire, avec une certaine justesse, qu'elle ne rappelle même pas le souvenir de l'ancienne formalité : on ne peut donc l'accuser d'inconséquence et d'avoir rétabli ce qu'elle avait si formellement aboli dans son art. 547, C. P. C.

En effet, le *visa* et le *pareatis* étaient donnés pour suppléer au pouvoir du Parlement expirant à la limite de sa juridiction, tandis qu'au contraire la législation n'a nullement ce but : « *il n'y a plus de frontières intérieures, la justice est une en France.* » La raison d'être de cette formalité est tout à fait différente et s'explique par la crainte de voir contrefaire la signature du notaire, fraude d'autant plus difficile à découvrir que l'acte ainsi fabriqué doit

(1) Loi du 25 ventôse an xi, art. 28. — Cf. C. pr. civ. italien, art. 556 *in fine*.

(2) *Ibid.* On sait que les notaires sont divisés en trois catégories : 1^o notaires de Cour d'appel ; 2^o notaires d'arrondissement pouvant les uns et les autres instrumenter dans le ressort de leur Cour ou de leur Tribunal ; 3^o notaires établis hors du chef-lieu de la Cour d'appel ou du canton, qui ont le droit d'instrumenter seulement dans l'étendue de leur canton.

être employé loin de son auteur prétendu. La différence est donc fondamentale : le *pareatis* était une sorte d'exequatur, le visa du Président n'est qu'un simple moyen d'*authenticité* matérielle.

Du reste, comme conséquence, et à la différence du *pareatis*, la légalisation imposée aux actes notariés destinés à être produits en dehors du ressort du notaire rédacteur n'est pas prescrite à peine de nullité et son inobservation ne vicie pas l'exécution (1).

Cependant les parties peuvent demander un sursis aux poursuites jusqu'à ce que la légalisation soit effectuée (2).

Il est donc inexact d'assimiler le titre revêtu du visa du Président au titre paré, car ce dernier n'existe plus dans notre droit actuel et l'art. 547, C. P. C. l'a aboli sans en laisser subsister aucun vestige (3).

(1) Cassation, 10 juillet 1817. — Poitiers, 19 mars 1822. — *Sic* : Toullier, t. viii, p. 15, n° 59. — Carré, q. 1902. — Thomine, t. ii, p. 44. — Boitard, t. iii, p. 300. — Rodière, t. ii, p. 187. — Rousseau et Laisney. V° *Exécution*, n° 55.

(2) Rousseau et Laisney. — Toullier, *loc. cit.*

(3) On entend parfois au Palais appeler titre paré le titre exécutoire accompagné de ses significations et, s'il y a lieu, en première instance, de son certificat de non opposition, ni appel, qui se trouve ainsi prêt (*paré*) pour une saisie immédiate. Ce n'est là qu'une incorrection de langage, sans valeur juridique.

CHAPITRE II

A. — Règles générales concernant la formule exécutoire allemande (*Vollstreckungsklausel*).

Personnes auxquelles la grosse doit être délivrée.

Règles particulières concernant le greffier et l'huissier.

Actes judiciaires exceptionnellement exécutoires sans formules.

B. — Grosses émanant des notaires allemands.

La règle générale dans la procédure allemande comme dans la française est que l'exécution forcée a lieu en vertu d'une *expédition revêtue de la formule exécutoire* (1) émanant soit du greffier, soit du notaire, et qui a tous les caractères de notre grosse. Les particularités du droit étranger qui nous occupe ne résident d'ailleurs point dans une diversité de forme extérieure d'exécution, mais surtout dans les cas fort nombreux et fort différents des nôtres où elle est octroyée, ainsi que nous le verrons au cours de cette étude.

(1) C. P. C. all., § 724 (662 ancien).

Toutefois, il n'est pas inutile, croyons-nous, de relever certaines règles se rattachant à la formule allemande et qui nous sont inconnues.

La formule exécutoire allemande, à la différence de la formule française, ne confond pas la *jurisdictio* et l'*imperium*. Son texte mérite d'être cité (1) : « La formule suivante : *l'expédition ci-dessus est délivrée à un tel* (désignation de la partie) *aux fins d'exécution forcée*, sera mise au bas de l'expédition du jugement et signée par le greffier. Elle sera munie du sceau du tribunal (2). »

En dehors de la délivrance d'une seconde grosse, qui est réglée à peu près comme dans notre droit, (3) dans

(1) C. P. C. all., § 725 (663 ancien).

(2) La formule du C. P. C. italien se rapproche davantage de la formule française : « Les copies en forme exécutoire doivent être intitulées » au nom du roi et finir par la formule suivante : *Nous commandons à tous héritiers qui en seront requis et à tous ceux que cela concerne de mettre à exécution la présente, au ministère public de lui donner assistance, à tous les commandants et officiers de la force publique d'y concourir quand ils en seront légalement requis.* » (C. P. C. ital., art. 556).

(3) Le § 732 (669 ancien) du C. P. C. all. qui régit la matière, renferme en outre un petit perfectionnement en ce qui concerne la délivrance d'une seconde grosse. Il édicte qu'une autre grosse ne devra être délivrée par le greffier que si la première lui est rendue. Dans le cas contraire, il faut une ordonnance du président. Ce second cas se présentera notamment quand la première grosse aura été détruite, volée, et surtout s'il y a pluralité de débiteurs habitant des lieux divers et qu'il y ait intérêt de les poursuivre simultanément. Cette remarque est intéressante en ce qui concerne notre droit, car on sait que notre huisier doit être porteur de la grosse quand il instrumente. Le Code de procédure allemand ajoute, à la différence du nôtre, que l'ordonnance du Président ne sera pas nécessaire si la première grosse antérieurement délivrée est restituée contre la remise de la seconde. Quelles sont les hypothèses ainsi visées? Nous croyons qu'il n'y en a que deux : en cas de lacération partielle, et en cas d'erreur matérielle considérable du copiste sur la grosse. En France, si l'erreur est de peu d'importance, orthographe d'un nom, etc., la pièce est corrigée au moyen d'un renvoi,

nos articles 844 et suivants (1). C. P. C. fr., en cas de contestation relativement à l'apposition de la formule, le tribunal saisi est celui auquel appartient le greffier chargé de la délivrer (2). Il peut être saisi sans débat oral préalable (*mündliche Verhandlung*) (3).

En outre le débiteur peut demander l'annulation de la formule en suivant la voie ordinaire d'une action, et ce, devant le tribunal primitivement saisi, lorsqu'il conteste dans les cas spécialement prévus par la loi (4) l'existence des conditions exigées pour la dation de la formule, par exemple en matière de transmission de patrimoine (5).

Le Tribunal peut rendre une ordonnance (6), (*Anord-*

mais si la pièce est lacérée ou l'erreur impossible à corriger par le moyen que nous venons d'indiquer, il faudrait recourir à la procédure de l'article 854 C. P. C. fr. Il a paru préférable au législateur allemand d'éviter ces lenteurs et ces frais, à condition que l'ancienne grosse soit représentée. D'ailleurs le C. P. C. all. (§ 733 *in fine*) a bien soin d'édicter qu'en cas de délivrance d'une seconde grosse, le débiteur doit toujours être prévenu et qu'il peut être entendu.

Enfin le droit allemand ne reconnaît pas notre présomption de paiement quand la grosse est entre les mains du débiteur, puisque d'après le § 757 (667 ancien) C. P. C. all. l'huissier qui a reçu ce qui était dû par le débiteur est obligé de lui remettre la grosse et une quittance; une seconde grosse ne peut donc présenter les dangers qu'elle pourrait avoir dans notre droit.

Remarquons en outre que même dans notre droit cette modification n'aurait aucun inconvénient. Ni le débiteur ni le créancier ne courraient aucun risque, puisque la pièce est entre les mains du greffier qui l'aneantit ou du moins en est responsable. Cet échange d'une ancienne grosse contre une nouvelle dans les conditions que nous venons d'indiquer paraît rendre impossible toute fausse présomption de libération résultant de la remise inconsiderée d'une seconde grosse.

(1) Cfr. C. P. C. ital., art. 557.

(2) C. P. C. all., §. 732 (668 ancien).

(3) C. P. C. all. § 732 (668 ancien).

(4) Ces cas sont ceux des §§ 726 1, 727 à 729, 738, 742, 744, 745 2 et 749.

(5) C. P. C. all., §. 729 1.

(6) Nous serions tenté d'appeler cette ordonnance une *mesure provisoire*

nung) avant sa décision, et notamment ordonner que l'exécution forcée sera provisoirement suspendue, avec ou sans caution, ou qu'elle ne sera poursuivie que moyennant caution (1).

Nous verrons plus loin quelle est la juridiction compétente en ce qui concerne les actes notariés (2), relativement aux débats pouvant s'élever à propos de l'apposition de la formule, ainsi que le tribunal exceptionnellement compétent quand la gestion personnelle du notaire est mise directement en cause (3) (4).

Le greffier est en outre tenu, avant de donner la formule, de vérifier :

1° Si le titre est bien exécutoire (5);

2° Si la partie qui réclame le titre est bien celle désignée dans ce titre.

Cette nécessité dont le besoin se fait peu sentir en France où le greffier connaît plutôt l'avoué que la partie, est fondée, en Allemagne, en premier lieu, sur la forme *matérielle* de la formule exécutoire qui contient expressément : « la présente expédition est donnée à *un tel* (nom de la partie),

(1) C. P. C. all., § 732 *in fine* et 768.

(2) L'apposition de la formule par le greffier est gratuite (§ 67, n° 15, loi d'Empire du 18 juin 1878, modifiée par la Nouvelle de 1880). L'enregistrement tel que nous le concevons, est donc inconnu en Allemagne ; toutefois les procès sont soumis à une taxe *ad valorem*. Cependant, dans la matière spéciale qui nous occupe, si le Président règle une difficulté née à propos de la formule (Cfr. § 730 et 733 C. P. C. all.), il en résulte un droit à payer égal au dixième de la taxe *ad valorem* (§ 38 de la loi).

Si la difficulté relative à l'apposition de la formule nécessite une assignation et une nouvelle instance (§ 731 C. P. C. all. Cfr. ci-dessus), le droit sera des 5/10 de la taxe *ad valorem* (§ 26 de la loi).

(3) Cfr. *infra* et § 797³ C. P. C. all.

(4) Cfr. *ibid.* et § 7 de la loi du 8 mars 1880 sur le notariat.

(5) Cfr. § 714 (644 ancien).

etc...» Il faut donc que le greffier, suivant le vœu impératif de la loi, donne ce titre à la partie qui est expressément désignée comme partie prenante, et ce, dans le titre lui-même. En second lieu — et c'est peut-être là l'explication de cette exigence de la formule qu'on s'expliquerait difficilement autrement — le greffier allemand doit vérifier l'identité de la partie, parce que le ministère des avoués fait souvent défaut, et il ne pourrait, comme en France, se décharger sur eux de ce soin. Cette hypothèse semblerait inexacte au premier abord, puisqu'en France comme en Allemagne, le ministère des avoués est indispensable devant les tribunaux ordinaires, et leur concours est facultatif devant les tribunaux cantonaux (*Amtsgericht*). Il ne faut pas oublier, et nous reviendrons longuement sur ce point (1), que l'*Amtsgericht* a une influence et une portée juridique autrement étendues qu'en France, de sorte qu'il est vrai en définitive de dire que le greffier a à remettre, beaucoup plus souvent que le nôtre, la grosse à la partie elle-même.

3° Le greffier doit encore vérifier l'existence de toute condition suspensive (*Bedingung*) dont dépendrait l'exécution forcée. (2)

4° Le greffier doit également examiner le cas échéant si le jugement dont l'exécution est demandée contient une prestation *sine tractatu temporis* et *synallagmatique* (3) (*Zug um Zug*).

Dans ce cas, et en règle générale, le greffier doit don-

(1) Cfr. *infra*.

(2) C. P. C. all. § 726 n° 1.

(3) Il nous paraît difficile de traduire exactement ce que le nouveau C. P. C. all. (art. 322) appelle *Erfüllung Zug um Zug*, littéralement obligation *donnant donnant* dans lequel chaque partie est obligée à accomplir une prestation *simultanément*.

ner la grosse sans s'inquiéter si la contre-prestation sera fournie par l'autre partie à l'instant convenu. La nouvelle rédaction de l'art. 726 C. P. C. all. l'y autorise expressément. (1) Cependant l'exécution ne peut avoir lieu dans ce cas à l'encontre des droits des ayants cause, et c'est l'*huissier*, d'après le nouveau § 756, inséré lors de la refonte du C. P. C. all. qui a charge de ne pas commencer l'exécution avant d'avoir offert la contre-prestation, ou de s'assurer qu'elle a été effectuée.

Par exception toutefois, le greffier ne pourra donner la grosse dans un cas particulier, lorsque le procès portera sur une obligation caractéristique : celle tendant à une manifestation de volonté (*Willenserklärung*). Par exemple, l'inscription au Grundbuch, opérant transcription de la propriété, doit résulter d'une investiture (2) (*Auflassung*). Si la partie qui y est obligée, par suite d'un acte juridique quelconque, s'y refuse et qu'elle y soit condamnée, ce jugement jouit d'une particularité remarquable : il vaut comme l'assentiment de la partie elle-même *dès qu'il est passé en force de chose jugée* à tel point que sur le vu de ce jugement, l'administration du Grundbuch opère la transcription (3).

Dans ce cas point n'est besoin d'une grosse, puisqu'il n'y a pas d'exécution à proprement parler, mais de la seule constatation de l'existence du jugement passé en force de chose jugée. Toutefois cette exception comporte une distinction assez subtile et, dans la même matière, une grosse munie de la formule serait indispensable ainsi

(1) C. P. C. all. art. 726 *in fine*.

(2) Cfr. *infra*.

(3) C. P. C. all. § 895 (nouvel article).

que le prévoit expressément le législateur, (1) dans le cas où la manifestation de volonté dépendrait d'une contre-prestation. (2) (3)

Dans ce cas, le greffier ne donne la formule qu' sur la preuve de la contre-prestation ou de la mise en demeure de l'autre partie. (4)

5° Le greffier doit encore veiller à ce que la formule exécutoire soit donnée au profit et contre les successeurs juridiques des parties, dans le cas où une transmission de droit de ces dernières aurait eu lieu par succession ou autrement. Nous ne pouvons qu'énumérer ces divers cas dont l'explication sortirait des limites du cadre de cet ouvrage (5).

6° Le greffier doit enfin avoir soin dans le cas où l'apposition de la formule aurait été faite sur ordonnance du président qui seul a qualité dans ce cas (§ 730, 7°), comme dans celui de délivrance d'une seconde grosse (§ 732), de faire expressément mention de cette ordonnance dans la formule elle-même (6).

Au contraire c'est à l'huissier et non au greffier à se pré-occuper, en premier lieu, si la contre-prestation en matière

(1) *Ibid.*

(2) § 894 1 et 2 C. P. C. all.

(3) C'est là un des cas où, — très exceptionnellement, — l'exécution forcée d'un genre d'ailleurs particulier peut avoir lieu sans formule exécutoire par dérogation à la règle posée dans le § 724 C. P. C. all.

Il existe aussi une seconde catégorie d'actes également exécutoires sans formule et dont nous parlerons plus longuement, ce sont les ordres d'exécution (*Vollstreckungsbefhle*) résultant de la procédure absolument originale pour nous du *Mahnverfahren* (procédure par voie de sommation). Nous ne pouvons que renvoyer à l'étude qui en sera faite. (Cfr. *infra*).

(4) § 726² C. P. C. all.

(5) C. P. C. all., § 727 à 729, 738, 742, 744, 745, 759.

(6) *Sic*: C. P. C. all., §. 730.

d'obligation *Zug um Zug*, a déjà été fournie; sinon il doit l'offrir réellement (§ 756).

Toutefois nous savons, par dérogation à cette règle, que dans les cas où l'instance aboutit en une obligation de « manifestation de volonté » (*Willenserklärung*), c'est le greffier qui est chargé de ce soin (1).

En second lieu, c'est également à l'huissier de savoir si l'exécution comporte ou non le bénéfice du terme (2) (*Fälligkeit*) et de ne pas exécuter avant son arrivée.

En troisième lieu, en matière d'exécution forcée moyennant caution, c'est l'huissier et non le greffier qui doit veiller à ce que cette exécution n'ait pas lieu avant que la caution ne soit fournie (3).

Enfin, en une matière qui aurait sans doute été chez nous écartée du droit civil, et transformée en règlement administratif, l'huissier ne peut procéder à l'exécution forcée contre un militaire en activité de service dans les armées de terre ou de mer, s'il n'en a, au préalable, donné notification à l'autorité militaire à laquelle il appartient (4). A la requête du demandeur il sera accusé réception de cette notification par l'autorité militaire (5).

(1) Cfr., l'exception *suprà*.

(2) C. P. C. all., §. 751 2.

(3) C. P. C. all., §. 752 (673 ancien).

(4) *Ibid.* in fine.

(5) Ces cas visent généralement les hypothèses d'un empêchement provisoire de l'exécution qui se trouve ainsi paralysée. Le C. P. C. all. prévoit également d'autres cas où l'exécution est suspendue ou restreinte : 1° S'il est produit une expédition d'une ordonnance exécutoire portant que le jugement à exécuter ou l'exécution provisoire qui en avaient été prononcés ont été rapportés ; 2° s'il est produit une expédition d'une ordonnance judiciaire d'où il résulte que la suspension provisoire de l'exécution ou d'une mesure d'exécution a été ordonnée ; 3° s'il est produit un acte authentique d'où il résulte que la caution ou la consigna-

Le greffier n'est pas seul dépositaire de la formule, le notaire allemand a également le droit de l'apposer en ce qui concerne les actes qu'il a passés (1).

Toutefois nous verrons au cours de cette étude (2) que le notaire n'est pas comme en France dépositaire *ad infinitum* de ses propres minutes ou de celles de ses prédécesseurs et que, suivant les régimes particuliers des divers Etats confédérés, le notaire doit généralement verser aux archives du Tribunal cantonal de son ressort au bout d'un certain temps ou bien lorsqu'il entre en fonction, les minutes dont il est dépositaire. Dans ce cas, ce n'est plus le notaire mais le tribunal, par les soins du greffier, qui délivrera la grosse (3).

En outre, il est dès à présent nécessaire de signaler que l'acte notarié allemand peut ne pas être exécutoire. En France, en dehors des actes à propos desquels, à raison de leur nature même, la question d'exécution ne peut être posée (p. ex.: les actes réglant une question d'état), nous ne voyons guère que les actes passés en *brevet* qui ne soient pas exécutoires.

La procédure allemande au contraire, ainsi que nous le verrons longuement, en souvenir bien certainement de

tion requises aux fins d'arrêter l'exécution ont été fournies ou déposées ; 4° s'il est produit un acte authentique ou sous-seing privé émanant du créancier portant libération du débiteur ou qu'un terme lui a été accordé par ce dernier après que le jugement a été rendu ; 5° s'il est produit un bulletin de poste d'où il résulte que, postérieurement à la date du jugement, la somme nécessaire pour désintéresser le créancier a été versée au bureau de poste pour lui être transmise (§ 775, 691 anc.). Cfr. également : Krech et Fischer, *Die preuss., zwgsvollstr.*, 3^e édit. p., 259 et suiv.

(1) C. P. C. all., § 794 (702 ancien), n° 5, et 797 n° 2 (705 ancien).

(2) Cfr. *infra*.

(3) C. P. C. all., § 797, n° 2.

l'ancien droit régissant le notariat dont l'origine se retrouve jusque dans le droit italien du Moyen-Age (1), exige en premier lieu l'assentiment, le consentement exprès du débiteur à l'exécution forcée immédiate insérée dans le contrat (*Unterwerfungsklausel*) ou clause de soumission. Si cette clause existe, l'exécution forcée peut être poursuivie sur une grosse délivrée par le notaire; si elle n'existe pas, le créancier devra poursuivre, comme en France, en intentant une action judiciaire. Il n'est peut-être pas hors de propos de remarquer à cette occasion que mieux qu'en France il existe une procédure spéciale applicable dans ce cas, dite *procédure en matière de titres* (2) (*Urkundenprocess*) et qui n'est pas seulement sommaire que de nom (3). En outre, dans ce cas le créancier peut également user de la procédure dite *par voie de sommation* (*Mahnverfahren*) absolument inconnue de notre droit et que nous étudierons plus longuement (4).

En second lieu les dispositions de la loi allemande exigent absolument (5) que l'acte porte sur une demande ayant pour objet le paiement d'une somme déterminée ou une prestation d'autres choses fongibles ou de valeurs. La nouvelle rédaction de ce paragraphe assimile de plus à la demande ayant pour objet le paiement d'une somme déterminée celle portant sur une hypothèque, une dette foncière ou une rente foncière (6).

(1) Cfr. Kohler, *Die vollstreckbaren Urkunde*.

(2) Cfr. C. P. C. all., §. 416 (381 ancien) et même Code, livre v, § 592 à 605 (555 à 567 ancien).

(3) Cfr. *infra*.

(4) Cfr. *infra*.

(5) C. P. C. all. § 794 (702 ancien), n° 5.

(6) C. P. C. all. § 794, n° 5 (nouvelle rédaction).

A la différence de ce que nous avons indiqué quand la formule exécutoire est délivrée par le greffier (1) les difficultés relatives à son apposition par le notaire sont tranchées, non par le Tribunal civil, mais par le Tribunal cantonal (2) (*Amtsgericht*) du ressort de ce notaire; de même, les difficultés relatives à la délivrance d'une seconde grosse par le notaire (3).

Enfin, en ce qui concerne la gestion personnelle du notaire, le président du Tribunal civil (en Prusse seulement) a un droit de remontrance, mais le véritable tribunal disciplinaire siège à la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*).

Ce sont là croyons-nous les seules remarques qui puissent être intéressantes dans notre comparaison de la formule française avec celle de la législation étrangère qui nous occupe, soit qu'elle soit délivrée par le greffier, soit qu'elle soit délivrée par le notaire.

(1) Sic, C. P. C. all., § 793 n° 3.

(2) C. P. C. all., § 797 n° 3.

(3) Loi du 8 mars 1880, § 7.

CHAPITRE III

Titres en vertu desquels l'exécution forcée peut avoir lieu en Allemagne.

A. — Double origine des titres exécutoires allemands.

B. — Énumération des titres exécutoires allemands.

A. — Double origine des titres exécutoires allemands.

Les titres en vertu desquels l'exécution forcée peut avoir lieu en Allemagne se divisent en deux grands groupes : les titres résultant des lois d'Empire et ceux résultant des lois particulières des divers Etats confédérés allemands (1).

La diversité d'origine de ces titres ne devrait pas nous intéresser si elle ne correspondait pas en même temps à une inégalité de valeur juridique. En effet, les titres exécutoires en vertu de lois d'Empire sont valables pour tout l'Empire, tandis que les titres exécutoires émanant de lois

(1) Cfr. C. P. C. all., §§ 704, 794, 801 (644, 702 et 706 anc.). — Cfr. Wil-mowsky. — Lévy, *sub.* §§ 702 et 706 anc. — Seuffert, *ibid.*

locales ne sont valables que pour le pays qui reconnaît ces lois (1).

Cette division est certainement critiquable : il en résulte d'abord des titres exécutoires d'inégale valeur, embrassant une territorialité d'une plus ou moins grande étendue. De plus, il est permis de dire qu'une différence dans l'origine du titre ne suppose pas nécessairement une différence dans l'exécution. Toute condamnation, quel qu'en ait été le motif, devrait emporter, pour son exécution, les mêmes modes et la même puissance. Enfin, cette dualité n'était pas davantage imposée par la situation politique et législative de l'Allemagne au moment de l'adoption de son Code de procédure (1879).

On concevrait en effet qu'en un pays comprenant des législations absolument diverses, où tout est différent, l'esprit de la loi aussi bien que la façon de la faire exécuter, il puisse être nécessaire de reconnaître diverses catégories de titres exécutoires.

On s'expliquerait en outre que dans une Confédération particulariste, où chaque Etat veut conserver les restes inébranlables d'une ancienne autonomie législative, un titre exécutoire ait besoin, soit d'être examiné spécialement pour décider son authenticité, soit d'être soumis à quelque formalité analogue au *pareatis* que nous avons déjà étudié.

Or, ces diverses hypothèses ne s'appliquent pas à l'Allemagne de 1879. Elle s'est trouvée dans cette situation tout à fait anormale, illogique même, d'avoir l'unité de procédure avant d'avoir celle du Code civil lui-même.

(1) Cfr. Wilmowsky. Lévy et Seuffert, *loc. cit.*; C. P. C. all., §§ 794 et 801 (702 et 706 anc.).

Pourquoi n'avoir point profité de cet avantage ? Il était loisible au législateur de décider en un seul article, facile à insérer dans le Code de procédure, puisqu'il s'agit d'exécution, que, quelle qu'en soit l'origine, quelle que soit la loi visée, un titre d'exécution forcée allemand était considéré comme ayant la même valeur dans toute l'étendue du territoire allemand,

Cette mesure prise, nous ne voyons pas quels en auraient été les inconvénients. L'effet de la dualité que nous critiquons est d'aboutir à la révision du titre exécutoire. Or, si la révision est inscrite dans la plupart des Codes modernes en matière d'actes exécutoires étrangers, la plupart du temps, sous couleur d'en vérifier l'authenticité, mais en réalité pour exercer sur eux un contrôle parfois nécessaire, tant pour vérifier si les lois qu'ils invoquent ne sont pas en désaccord avec la lettre ou l'esprit de la législation nationale que pour examiner et conserver à ses nationaux le bénéfice de la réciprocité; toutes ces différentes raisons ne peuvent s'appliquer aux actes émanés des différents pays d'un Etat confédéré. Les traités diplomatiques dans ce cas n'ont eu garde d'oublier la réciprocité. Le principal motif de la révision, cette sorte de méfiance juridique, pour ainsi parler, ne saurait exister entre ceux que la politique unit. Les diverses législations allemandes ne sont pas imprégnées d'un génie si différent qu'il y ait incompatibilité absolue entre elles. Si cela était, d'ailleurs, la révision ne serait plus suffisante pour y remédier, et il aurait fallu nettement déclarer que les décisions émanées d'un pays confédéré, pour être exécutées dans un autre, seraient soumises à une seconde instance sans plus faire état de la première procédure.

Cette critique de la dualité ne semble pas avoir pourtant suscité une bien ardente polémique en Allemagne. La raison en est que les titres exécutoires résultant des lois particulières des Etats confédérés sont non seulement en petit nombre, mais encore de peu d'importance. En réalité, dans la pratique, l'immense majorité des titres exécutoires résulte de lois d'Empire : faut-il ajouter que là plupart d'entr'eux disparaîtront de fait à la promulgation du nouveau Code civil ?

Cette disposition a paru avoir une portée relativement si peu importante, qu'après avoir parlé pendant quelque temps d'un remaniement ou de la suppression de l'ancien § 706, elle a été insérée presque sans retouche dans un nouveau § (801) lors de la refonte du C. P. C. all.

*B. — Énumération des titres exécutoires
allemands.*

Les cas d'exécution forcée sont énumérés dans les §§ 704, 794 et 801 (644, 702 et 706 anc.) du C. P. C. all. Les trois textes ne contiennent pas une énumération limitative.

Il existe aussi d'autres titres résultant de diverses dispositions de lois d'Empire et que nous allons également étudier.

N° 1

Étude du § 704 C. P. C. all. (644 anc.)

Le § 704 (1) C. P. C. all. est ainsi conçu :

« L'exécution forcée aura lieu en vertu de tout jugement
« sur le fond qui a acquis l'autorité de la chose jugée ou
« a été déclaré exécutoire par provision.

« Dans les questions matrimoniales (Ehesachen) et de
« filiation, l'exécution provisoire ne peut pas être ordon-
« née (2). »

Cette disposition, dans son ensemble, est presque semblable à celle du Code civil français, au point de vue du principe de l'exécution forcée de titres revêtus de certaines formalités et résultant de jugements.

Au point de vue de l'application de ces principes, au contraire, les deux législatures diffèrent totalement.

Le C. P. C. all. exige, pour qu'un jugement soit exécutoire, qu'il soit passé *en force de chose jugée* (3), (Rechts

(1) § 644 anc.

(2) Par jugement sur le fond, le C. P. C. all. comprend également les jugements (sur le fond) pour partie (Theilurtheil) Cfr. § 300 C. P. C. all. (272 anc.). Cfr. également § 302, 540 et 599, C. P. C. all.

(3) Cfr. § 704 C. P. C. all.

kraftig), ou qu'il soit déclaré exécutoire, qu'il soit exécutoire par provision (1). Il faut donc, pour qu'il soit exécutoire qu'il ne soit plus susceptible de recours.

Au contraire, dans notre droit, l'exécution est possible avant l'expiration de ces délais de recours, sauf, bien entendu, à l'intéressé à déclarer, même au moment de la saisie, qu'il entend faire opposition ou interjeter appel, si telle est son intention. Ce ne sont pas les *délais* d'opposition ou d'appel, ainsi que le dit notre excellent maître, M. Glasson (2) qui sont suspensifs d'exécution, c'est seulement l'*appel interjeté* et l'*opposition formée*.

Il s'ensuit pratiquement que le législateur allemand a été forcé d'abrégé les délais d'opposition et d'appel pour ne pas entraver l'exécution (3) (4).

Remarquons, de plus, que le § 704 C. P. C. all. ne comprend pas les jugements étrangers (C. P. C. all., § 328, 722 et 723 (5)).

Les sentences arbitrales (Schiedsprüche) ont besoin d'être habilitées par un jugement d'un tribunal allemand (6) (7).

(1) Dans ce dernier cas, il n'y a pas de difficulté, et les règles sont les mêmes naturellement dans les deux pays.

(2) M. Glasson, etc. Traduction du C. P. C. all. note sub. § 644 ancien.

(3) Le délai d'appel est réduit à un mois. Cfr. C. P. C. all. § 516 (477 ancien). Celui de la Révision est également d'un mois. Cfr. C. P. C. all. § 552 (514 ancien).

(4) Cfr. Dans le sens de la législation française : Code de Genève, art. 379 et suiv.

(5) 660, 661 anciens. Le § 328 est entièrement nouveau et remplace l'ancien § 661.

(6) Cette habilitation, en matière de jugements étrangers, est sujette à des règles fixes et précises. Le § 328 C. P. C. all. contient ces dispo-

Cependant le § 704 comprendra les jugements rendus en territoires de juridictions consulaires de protectorat allemand qui sont des jugements réguliers allemands dans le sens de l'article précité, quoique ces pays de protectorat ne fassent pas partie du territoire allemand. Dans tous ces cas le jugement sera exécuté en Allemagne, sans avoir besoin de subir les formalités relatives à un jugement étranger (1) (2).

Le § 704 *in fine* contient une prescription prohibant l'exécution provisoire dans les procès concernant le mariage (*Ehesachen*), c'est-à-dire en matière de mariage,

sitions, différentes de l'ancien § 661 C. P. C. all.: « La reconnaissance d'un jugement émanant d'un tribunal étranger n'a pas lieu :

1° Lorsque les tribunaux du pays auquel appartient le tribunal étranger ne sont pas compétents d'après le droit allemand ;

2° Lorsque le défendeur qui a succombé est un Allemand et ne s'est pas défendu au procès, à moins que l'assignation ou l'ordonnance introductive d'instance ne lui a pas été remise en personne, soit dans le pays auquel appartient le tribunal saisi, soit par les soins de l'autorité judiciaire ;

3° Lorsque le jugement fait échec à la prétention d'un Allemand, et ce, contrairement aux art. 13 1 et 3, ou des art. 17, 18, 22 de la loi d'introduction de C. c. all., ou à l'art. 27 (même loi) concernant l'art. 13 n° 3 ou bien dans le cas de l'art. 9 n° 3 concernant la femme d'un étranger considéré comme mort (déclaration d'absence) d'après l'art. 13 n° 2.

4° Lorsque la reconnaissance du jugement violerait les bonnes mœurs ou l'objet d'une loi allemande ;

5° Lorsque la réciprocité n'est pas accordée.

La prescription n° 5 ne contrevient pas à la reconnaissance d'un jugement décidant d'une question ne portant pas sur le patrimoine, et si, d'après les lois allemandes, il n'y avait pas en Allemagne de tribunal compétent.

(7) Quant aux sentences arbitrales, le § 1042, C. P. C. all. (868 ancien), est formel (Cfr. également 1043 et 1044) : L'exécution forcée en vertu d'une ordonnance arbitrale n'aura lieu que lorsqu'elle a été autorisée par un jugement d'exécution. »

(1) § 14 de la loi d'Empire du 14 juillet 1879, et § 2, loi du 17 avril 1886.

(2) Bierhaus, Busch, *loc. cit.*, 14, 206, 208 ; — Seuffert, *sub.*, § 644 anc.; Wilmowsky-Lévy, t. II, p. 925, *sub. art.* 644 (anc.).

divorce, etc., et en outre en matière de paternité et de filiation.

Pourquoi cette exception dans ce cas si particulier ? Il n'est pas inopportun, pensons-nous, en expliquant l'utilité de cette mesure, de rappeler qu'elle a été proposée chez nous dès l'apparition de notre Code, en une matière qui n'est pas semblable, mais en tous cas pour des motifs absolument identiques : disons tout du suite que la question de l'effet suspensif de l'instance en matière de mariage s'est posée chez nous, non à propos de l'appel, mais à propos de la cassation.

Le motif de l'effet suspensif de l'exécution en matière de mariage tombe sous le sens : le jugement déclaré exécutoire par provision annihile de fait l'effet suspensif de l'appel. S'il est parfois avantageux de déroger à cette règle en matière pécuniaire par exemple, il ne saurait en être de même en matière de divorce, d'opposition à mariage, etc... Il est manifeste dans ces deux cas, que si les intéressés se mariaient ou se remariaient avant le prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel, la décision de cette Cour resterait sinon lettre morte, du moins l'irréparable serait consommé.

Cette question, avons-nous dit, se retrouve chez nous, à propos du même principe de l'effet suspensif, non toutefois au sujet de l'appel, mais bien du pourvoi en cassation.

Notre pourvoi en cassation n'est pas admis en matière pénale (1), en matière électorale (2), à propos des paie-

(1) D. R. V^o *Cassation*, chap. 9, *passim*

(2) Loi 19 avril 1831, art. 34.

ments que le Trésor devrait faire en vertu d'arrêts d'appel, mais qui sont déferés à la cour de cassation (1) ; de même pour la douane (2) ; en matière de faux incident civil (3) et enfin dans un des cas de notre espèce en *matière de divorce* (4). Ce sont là, croyons-nous, les seules exceptions à la règle. En matière de divorce, la loi de 1884-86 n'a fait que faire revivre dans l'art. 241 l'ancien art. 263 du Code civil de 1804 : « Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps. »

L'inconvénient résultant de ce que le pourvoi est non suspensif était si flagrant, dans ces espèces, que le législateur en faisant revivre le divorce ne pouvait se dispenser d'adopter cette règle.

Malheureusement ce cas n'est pas le seul où la règle de l'effet suspensif aboutisse en somme à annihiler le pourvoi : un père pourra donc voir consommer le mariage de sa fille au mépris de ses droits et du pourvoi qu'il avait formé (5).

La législation antérieure au Code civil n'était pas si rigoureuse, puisque l'art. 29, tit. 4 du Règlement de 1738 permettait au *conseil des parties* de prononcer un arrêt de *surséance* suspendant l'effet du pourvoi. C'est la loi du 27 novembre 1790, art. 16 (6), qui a posé ce principe dans toute sa rigueur.

(1) Décret, 16-19 juillet 1793.

(2) Loi du 9 floréal an vii, art. 15, titre 6.

(3) C. P. C., art. 241.

(4) C. C., art. 241.

(5) *Sic* : D. R., *Ibid.* — *Sic* : Riom, 26 juillet 1806 ; — Lyon, 13 février 1828 ; — Demolombe, *Traité du mariage*, t. 1, n^{os} 169 et 170. D., 54, 2, 12, — Chénou, *Origines, conditions et effets de la cassation*, p. 186. — *Contra* : Pigeau, t. 1, p. 678.

(6) « En matière civile la demande en cassation n'arrêtera pas l'exé-

Il est constant que la loi aurait dû laisser un pouvoir d'appréciation aux tribunaux, qui auraient même dans les cas où le principe serait conservé, exiger une caution préalable (1). C'est là le désir unanime de la doctrine et de la jurisprudence.

Cette dernière a bien essayé d'étendre par analogie la disposition de l'art. 241 C. C. La Cour d'appel de Rennes après avoir déclaré un mariage dissous par la mort civile d'un des époux, a décidé par un arrêt ultérieur qu'il ne pourrait être passé outre au nouveau mariage avant qu'il eût été statué sur le pourvoi (2).

De même un arrêt plus récent (3) décide que l'effet suspensif attaché au pourvoi en Cassation par l'art. 241 C. Civ. s'applique indistinctement à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure en divorce, et particulièrement aux interlocutoires qui autorisent le demandeur en divorce à faire la preuve par témoins des faits articulés.

Nous croyons que la jurisprudence a ce pouvoir d'extension, et dans une matière aussi délicate la lettre doit plier devant l'esprit de la loi : Quel est le but du législateur de 1804 comme de celui de 1884 en accordant exceptionnellement un effet suspensif au pourvoi en matière de divorce ? Eviter une véritable bigamie légale. Il n'a envisagé qu'une des hypothèses où le cas pouvait se produire,

cution du jugement, et dans aucun cas, sous aucun prétexte, il ne pourra être accordé de surséance. »

(1) La caution n'existe que dans le cas de pourvoi devant le Conseil d'Etat et contre les décisions rendues au profit d'étrangers. (Décr. 7 fév. 1809).

(2) Rennes, 14 août 1851, aff. Garnier. D. 54, 2, 12.

(3) Cass. 29 nov. 1891, S. 91, 1, 28.

cela est vrai, mais ne doit-on pas l'étendre *a fortiori* dans toutes les hypothèses identiques où le même mal apparaîtrait ?

Sans doute il y a des cas où l'exécution de la sentence entraîne des effets irréparables : en matière pécuniaire notamment, le défendeur à la Cassation aura le temps de dénaturer les immeubles dont il se sera emparé, de mettre les objets mobiliers en lieu sûr. Mais en cette matière la jurisprudence est totalement désarmée, ce n'est pas à elle qu'il faut demander le remède, mais bien au législateur. Dans notre cas, au contraire, nous possédons un texte qui autorise l'exception, et nous ne pouvons que partager à ce sujet l'opinion de notre savant maître M. Chénon en matière de nullité de mariage. « Si l'on n'ad-
« met pas, dit-il, que le pourvoi soit suspensif dans ce
« cas, nous aboutirons à cette même conséquence que le
« législateur a repoussée ; nous permettrons de prendre
« dans la loi elle-même un point d'appui pour la violer !
« Les raisonnements prétendus juridiques d'un certain
« nombre d'auteurs qui pensent ici appliquer le principe
« général sous prétexte qu'on ne trouve pas dans la loi de
« dénégaration expresse ne nous feront jamais admettre une
« pareille contradiction (1). »

En tous cas, nous ferons remarquer que le débat ne porte que sur le point de savoir si la jurisprudence peut étendre une disposition sans violer la loi : tout le monde est d'accord sur l'opportunité de cette mesure.

Nous voyons donc par cet aperçu sur l'état de la question en France, d'après les *desiderata* qu'elle a produits

(1) Chénon, *loc. cit.*, cfr. *suprà*.

jusqu'à ce jour, que le § 704 du Code de procédure civile allemand (1) a eu raison de régler définitivement cette question non dans la même matière, nous le répétons, mais somme toute dans un cas identique.

Sous le bénéfice des observations que nous avons présentées, le § 704 du Code de procédure allemand (2) pose en définitive, comme en France, le principe de l'exécution forcée des titres résultant de jugements tels, ou à peu près, que nous les connaissons ici. Les § 794 et 801 (3) du Code de procédure civile allemand vont nous en énumérer d'autres qui auront un caractère plus tranché d'originalité.

(1) 644 anc.

(2) 644 anc.

(3) § 702 et 706 anc.

N° 2

Etude du § 794 du Code de procédure civile allemand.

Le § 794 du Code de procédure civile allemand est ainsi conçu :

« L'exécution forcée aura lieu en outre :

1° En vertu d'une transaction intervenue devant un tribunal allemand, après l'introduction de la demande, dans le but de mettre fin à la contestation soit pour le tout, soit pour une partie de l'objet du procès ;

2° En vertu d'une transaction intervenue devant le tribunal cantonal, dans les cas prévus au § 471 ;

3° En vertu d'une décision sujette au recours ;

4° En vertu d'ordonnances d'exécution ;

5° En vertu d'un titre reçu dans les limites de sa compétence, par un tribunal ou un notaire allemand, pourvu que l'acte ait pour objet une réclamation relative au paiement d'une somme d'argent déterminée ou la prestation d'une quantité déterminée d'autres choses fongibles ou de valeurs, et que le débiteur se soit soumis dans l'acte à l'exécution forcée immédiate. »

Nous allons examiner successivement ces divers actes exécutoires en suivant l'ordre du Code de procédure civile allemand.

§ 794, n° 1.

Transaction intervenue devant un Tribunal allemand.

La transaction du § 794, n° 1, du Code de procédure civile allemand diffère en beaucoup de points de la transaction du Code civil français (1). Elle diffère également de celle du nouveau Code civil allemand lui-même : elle a donc un caractère nettement original.

La définition du Code civil français nous est connue (2); mais, de l'avis de tous les auteurs (3), elle n'est pas complète. Si on l'acceptait purement et simplement, il s'en suivrait qu'il faudrait ranger au nombre des transactions le désistement, les actes confirmatifs qui sont bien, eux aussi, des moyens de terminer une contestation née ou à naître (4) (5).

Ce serait là, selon nous et selon tous les auteurs, une

(1) Cfr. Dalloz (R. A.) v° *Transaction*, nos 6 et *passim*.

(2) C. c. fr., art. 2044.

(3) Laurent, t. xxviii, p. 330, n° 325; — Valeron, quest. 2; — Tropolong, n° 14; — D. *loc. cit.*

(4) Cette confusion semble même avoir été faite par Bigot de Préameneu dans son exposé des motifs de la loi sur les transactions : « De tous les moyens de mettre fin aux différends que font naître entre les hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le plus heureux de tous en effet est la transaction, ce contrat par lequel sont terminées les contestations existantes, par lequel on prévient les contestations à naître. Chaque partie se dégage alors de toute prétention... et lors même que l'une d'elle se désiste entièrement de sa prétention, elle se détermine par le plus grand intérêt de rétablir l'union, etc... »

(5) Litigiis jam motis et pendentibus seu postea movendis. L. 1. D. *De trans.* — L. 38, C. *De trans.*; — L. ult., C. *De trans.*

grave erreur juridique et méconnaître la nature même de la transaction qui est un contrat consensuel, synallagmatique et à titre onéreux : Le caractère synallagmatique surtout est de l'essence de la transaction, au point qu'on ne concevrait pas de transaction n'ayant pas ce caractère : La transaction résulte de la réciprocité de concessions que se font les parties : chacune d'elle abandonne une portion de ses droits ou de ses prétentions pour consolider le reste : l'accord des deux volontés est indispensable pour terminer le procès. La transaction est donc synallagmatique.

Il n'y a pas davantage de difficulté à prouver que ce contrat est à titre onéreux, puisque chaque partie fait un sacrifice, en abandonnant une part de ses droits ou de sa prétention, et que c'est précisément ce fait qui décide de la transaction elle-même.

L'acquiescement et le désistement sont de leur essence des contrats unilatéraux et de leur nature à titre gratuit : il n'est nul besoin du concours de mon adversaire pour me faire adhérer à ses prétentions ou me faire abandonner un procès qui me semble injuste ou dangereux : s'il me fait quelque concession, s'il m'accorde quelque avantage en échange, ce n'est qu'une modalité ajoutée au contrat qu'on concevrait fort bien existant sans cette clause.

Du reste, le Code civil lui-même, malgré sa propre définition, n'a pas fait, somme toute, cette confusion, puisqu'il fixe par exemple, dans les articles 464 et 467, des règles tout à fait différentes au tuteur, selon qu'il transige ou qu'il acquiesce.

Quant au désistement, on se demande pourquoi notre législateur lui aurait consacré tout un titre spécial dans

le Code de procédure civile, si cette matière était identique à la transaction.

Toutefois il convient de remarquer que, pour arriver à faire cette distinction, nous avons ajouté à la définition de la transaction par le Code, et comblé une grave lacune que tous les auteurs ont signalée : il faut que CHAQUE partie se fasse des concessions réciproques, autrement on ne pourrait plus distinguer ces divers modes d'extinction de droits litigieux. Il faut donc ajouter à la définition de l'article 2044, ainsi que le propose excellemment Laurent, les mots suivants : « par l'abandon réciproque d'une partie de leurs prétentions, ou la promesse que l'une d'elles fait à l'autre de quelque chose pour en obtenir le droit entier. »

Sous le bénéfice de cette remarque relative à la seule définition de la transaction dans notre Code, on peut affirmer cependant que notre législateur lui a bien reconnu les caractères que nous avons énumérés (1).

(1) La matière de la transaction est une de celles qui ont le plus varié dans les différentes législations modernes : un très rapide examen de droit comparé nous indiquera quelques-unes de ces différences.

La transaction en Angleterre n'implique pas l'aveu du droit de l'adversaire, car l'auteur de la transaction a parfaitement pu, ainsi qu'il en a d'ailleurs le droit, *acheter* sa tranquillité et éviter un procès à prix d'argent (*Sic* : Anthoine de Saint-Joseph, t. II, p. 287, n° 952).

En matière criminelle, la transaction ne peut avoir lieu que devant la Criminal Court, sinon elle est défendue.

En Autriche (art. 1381), l'abandon pur et simple, et sans compensation d'un droit litigieux, est considéré comme une donation.

En matière criminelle, la transaction n'arrête pas l'action publique, à condition bien entendue que cette action puisse s'intenter en dehors de la plainte formelle de la partie lésée.

En Danemark, il existe des tribunaux de transaction dont les membres sont choisis par les intéressés. (Ordonnance du 18 juillet 1795).

D'après le Code prussien, la transaction est un contrat par lequel les

La transaction en Allemagne peut être considérée sous un double aspect : *ratione materiæ* et *ratione formæ*. *Ratione formæ*, la transaction a deux acceptions (1), l'une large, c'est celle du Code de procédure civile allemand (2), l'autre étroite, c'est celle du Code civil alle-

parties mettent fin à des prétentions litigieuses ou douteuses moyennant un abandon *reciproque* de quelques-uns de leurs droits.

D'après le Code sarde, la liberté de transiger est complète, sauf en matière de provisions ou de pensions alimentaires.

Le Code civil italien reproduit et complète les dispositions de notre Code. La transaction est un contrat par lequel les parties en donnant, retenant ou promettant *chacune* quelque chose, mettent fin à une contestation déjà commencée ou préviennent une contestation qui peut éclater.

En matière criminelle, l'art. 1866 ajoute : On peut faire une transaction sur une action civile provenant d'un délit. La transaction n'est pas un obstacle aux poursuites du ministère public.

Le Code espagnol donne la même définition : La transaction est un contrat par lequel les parties en donnant, en promettant ou en retenant *chacune* quelque chose, évitent un procès à naître ou évitent un procès commencé (art. 1809).

Les Codes civils du Valais et du Tessin (canton de la Suisse italienne) se sont inspirés du Code sarde en matière de transaction sur les pensions alimentaires et ont prohibé également cette transaction, sauf approbation du Tribunal tutélaire (sorte de Commission qui remplace le subrogé-tuteur français); Cfr. Virgile Rossel, *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, p. 452 et suiv.

Cette disposition a été reproduite également dans le nouveau C. civ. all.:

« La convention intervenue entre le père et l'enfant relativement à l'entretien de celui-ci dans l'avenir ou sur une somme à payer une fois pour toutes à la place de cet entretien, a besoin de l'approbation du tribunal de tutelle. »

« La renonciation gratuite à l'entretien dans l'avenir est nulle. » (C. civil all., art. 1714).

La définition des autres Codes n'offre que peu d'intérêt. Cfr. C. civil portugais, 2^e part., liv. II, t. II, art. 1710 à 1721; — C. civil hollandais, art. 1888; — C. civil chilien, art. 2446; — C. civil mexicain, art. 3151.

(1) *Sic* : M. Otto Fischer, professeur à l'Université de Breslau, à son cours.

(2) C. P. C. all., § 794, nos 1 et 2.

mand. (1). Dans un sens large c'est toute convention (2) qui met fin à un procès né ou à naître (3) *stricto sensu*. Cette définition englobe donc le désistement et l'acquiescement contractuels (4).

Au contraire, avons-nous dit, le C. C. all. donne de la transaction une définition différente suivant le § 779 (unique) du titre xix, livre II, s'occupant de la transaction :
« Un contrat par lequel on met fin au débat ou à l'incertitude des parties sur un rapport juridique moyennant des concessions réciproques, est nul, si l'état de fait supposé véritable d'après le contenu du contrat, et qui lui a servi de fondement, n'est pas réel et que, si l'on avait connu la véritable situation, le débat ou cette ignorance n'aurait pas eu lieu.

« A l'ignorance d'un rapport juridique il faut assimiler l'incertitude de la réalisation d'un droit. »

C'est donc un acte consensuel, synallagmatique et à titre onéreux, tandis que la transaction spéciale du § 794, n° 1, est également consensuelle, mais peut être bilatérale, sans être forcément synallagmatique, et on peut la concevoir à titre gratuit.

C'est dans le sens de la transaction définie par le C. C. all. et non par le C. P. C. all. que la règle suivante concernant la *promesse de dette* a été édictée : « Si un contrat de *promesse de dette* (5) ou si une reconnaissance de

(1) C. c. all. § 779.

(2) Cette convention sera *bilatérale*, mais ne sera pas forcément synallagmatique. Cfr. *infra* p.

(3) Cfr. § 794 n° 2.

(4) Seuffert dit expressément : « Est transaction soit la reconnaissance d'une demande (acquiescement), soit le désistement.

(5) Le contrat de promesse de dette est un contrat nouveau, inconnu

dette a été donné en vertu d'un compte ou par voie de transaction, il n'y a pas besoin d'observer les formes prescrites par les art. 780 et 781 (c'est-à-dire la nécessité d'un écrit). Ainsi s'exprime le nouveau Code civil allemand (1).

C'est également la transaction telle qu'elle est comprise par le Code civil allemand, en matière de restriction de capacité du tuteur dont l'approbation du conseil de tutelle est nécessaire pour une *transaction* ou un compromis, à moins que l'objet du litige ou du fait incertain ne soit susceptible d'être apprécié et que l'estimation n'en dépasse pas 300 marks (2).

Nous avons également vu que le père naturel ne peut *transiger* sans l'assentiment du tribunal pupillaire, en matière de pension alimentaire, ou de renonciation à cette pension (3), c'est encore là la transaction du Code civil allemand.

Ce premier point établi, il convient aussitôt de faire remarquer que, si le C. P. C. all. reconnaît la transaction ainsi considérée *lato sensu*, une sous-distinction est nécessaire au point de vue des *effets* exécutoires qu'il lui reconnaît. Dans un premier cas la transaction sera exécutoire

au droit romain et au droit français, introduit dans le Code civil allemand non sans une vive discussion au Reichstag qui prétendait que ce contrat était plus théorique que pratique. Il s'agit, suivant l'heureuse paraphrase de M. de La Grasserie (*Introd. au C. C. all.*), d'une promesse de payer dépouillée de sa cause, abstraction faite de celle-ci. Pour fixer les idées, nous pourrions dire que c'est une sorte de billet cessible, mais non endossable, sans clause indiquant l'origine de la dette. Ce contrat, à notre sens, complète heureusement, sinon pratiquement, la théorie allemande : il est, en matière personnelle, ce que la lettre hypothécaire était déjà en matière immobilière.

(1) C. C. all., § 782.

(2) C. C. all., § 1822.

(3) Cfr. *suprà*.

hic et nunc, dans les mêmes formes qu'un jugement véritable; dans le second cas, au contraire, elle ne sera considérée que comme une convention faisant la loi entre les parties.

L'art. 794, n° 1 (1), nous indique quelles sont les conditions nécessaires pour que la transaction forme par elle-même un titre exécutoire: 1° il faut que la transaction soit intervenue devant un tribunal allemand; 2° après l'introduction de la demande.

En d'autres termes le procès doit exister; contrairement à la définition française et aux autres définitions que nous avons sommairement énumérées (2), la transaction spéciale du § 794, n° 1, C. P. C. all., produisant immédiatement ses effets d'exécution forcés, ne peut s'appliquer qu'à un procès actuel, et non à un procès à naître.

De plus, cette transaction doit affecter un caractère solennel, elle ne peut plus se conclure entre les seules parties, il faut qu'elle ait lieu en justice, et non ailleurs.

Cette condition ne suffit pas encore, il faut que le tribunal soit un tribunal allemand (3), car seule la transaction conclue devant un tribunal allemand est un chef d'exécution forcée. Peu importe d'ailleurs que la transaction ait lieu devant le tribunal saisi du procès. L'article 794, n° 1, ne comprend d'ailleurs pas par tribunal allemand les juridictions spéciales, mais bien les seuls tribunaux ordinaires (4) (5).

(1) Cfr. également *infra*, § 794, n° 2.

(2) Cfr. *suprà*.

(3) *Sic*: Seuffert, p. 290.

(4) *Sic*: Gaupp, II, p. 398, sous le § 702 (ancien) du C. P. C. all.

(5) Remarquons que la transaction qui aurait été conclue devant un tribunal étranger et aurait été, suivant une législation à peu près uni-

Est-ce à dire que la transaction *lato sensu*, hors du Tribunal, ne soit pas reconnue valable par le C. P. C. all.? En aucune façon : seulement cette transaction extra-judiciaire ne bénéficiera pas des dispositions spéciales réservées à la transaction judiciaire du § 794, n° 1. La transaction est-elle celle visée par le § 794 ? Elle est exécutoire sans plus, et sans jugement. La transaction est-elle ordinaire ? Elle est considérée dans ce cas comme une convention ordinaire dont elle produit les effets dans les cas suivants que nous allons énumérer :

S'agit-il d'un procès à naître ? Si l'instance est engagée au mépris des engagements pris, la transaction sera produite et le Tribunal dans son jugement suivra la loi des parties.

S'agit-il d'un procès déjà entamé et que transactionnellement les parties ont consenti à abandonner ? Une nouvelle instance sera nécessaire comme dans le premier cas et aboutit au même résultat.

La transaction au cours des débats comporte-t-elle pour une des parties obligation de faire ou ne pas faire, et celle-ci n'exécute-t-elle pas sa promesse ? Dans ce cas les débats seront poursuivis, et il faudra encore un jugement pour rendre cette transaction exécutoire.

Au contraire, nous venons de voir que, si la transaction a revêtu le caractère *judiciaire* du § 794, n° 1, C. P. C. all. (1),

verselle, homologuée par un jugement, serait exécutoire en Allemagne, non pas comme transaction, mais comme jugement étranger, et ce, d'après les règles que nous avons étudiées, et qui régissent l'exécution de ces jugements.

(1) La transaction de l'art. 794, n° 1, comprenant l'acquiescement et le désistement, il n'est pas inutile, pensons-nous, d'en exposer quelques règles particulières. La demande peut être retirée sans le concours du

l'exécution forcée s'*ensuit immédiatement*, sans qu'il soit besoin d'un jugement postérieur comme dans les trois autres cas précédents.

La transaction faite en justice et exécutoire du § 794, n° 1, du C. P. C. all. a donc un caractère tout particulier : on pourrait la définir : tout contrat *judiciaire* autre qu'un jugement ayant pour but de mettre fin à une instance commencée.

Cette transaction exécutoire est assimilée à un jugement passé en force de chose jugée, non seulement en matière d'exécution proprement dite, mais aussi en matière de prescription, ainsi que le dit le C. C. all. prenant cette fois la transaction dans le sens large du C. P. C. all. : un droit qui a été l'objet d'une décision judiciaire se prescrit par trente ans, même lorsque autrement il eut été soumis à une prescription plus courte. Il en est de même de celui résultant d'une transaction exécutoire, ou d'un autre titre exécutoire, ou de tout droit qui l'est devenu par suite de sa vérification dans la faillite (1).

Comment ce titre se forme-t-il ? Notons que d'après un § formel du C. P. C. all. (2) le procès-verbal de l'audience doit mentionner expressément entre autres choses « les reconnaissances, renonciations et transactions par lesquelles le différend se trouve vidé pour le tout ou pour partie. »

De plus, la mention dans le procès-verbal même pourra

défendeur par le demandeur seul jusqu'aux plaidoiries (C. P. C. all., § 271). A ce moment l'instance est liée. En outre les parties peuvent convenir de laisser tomber l'instance (§ 228).

(1) C. C. all., § 218.

(2) C. P. C. all., § 160 (146 ancien).

être remplacée par celle qui aura été faite dans un écrit qui est joint comme annexe au procès-verbal et qui s'y trouve désigné comme tel (1). »

La transaction peut donc être, en fait, rédigée par les parties ou leurs conseils, et figurer à titre d'annexe au procès-verbal. Pour en faire un titre exécutoire le greffier n'a qu'à reproduire cette transaction, œuvre des parties, et à la rendre exécutoire par l'apposition de la formule.

En résumé, en dehors des différentes conceptions de la transaction que nous venons d'énumérer, il est à retenir, dans la matière spéciale qui nous occupe, que la transaction judiciaire, c'est-à-dire faite devant le Tribunal allemand et mettant fin à un procès, est exécutoire *ipso facto*. Ce point était à dégager et à opposer à votre conception de la transaction du C. C. fr. qui n'est qu'un contrat et qui n'a que des effets médiats.

(1) C. P. C. all., § 160 et *in fine*.

§ 794, n° 2.

Exécution forcée d'une transaction intervenue devant le tribunal cantonal dans le cas du § 794, n° 2, C. P. C. all. (Etude du § 510, C. P. C. all., 471 anc.).

Le § 794, n° 2, est ainsi conçu :

« L'exécution forcée aura lieu en outre... 2° en vertu d'une transaction intervenue devant le tribunal cantonal dans les cas prévus au § 510, C. P. C. all. »

Avant toute discussion, il importe donc de connaître le § 510 (1) C. P. C. all. auquel se réfère d'une façon complète le § 794, n° 2 (2). Il est ainsi conçu :

« Celui qui se propose d'intenter une action pourra, en indiquant l'objet de sa réclamation, citer son adversaire en conciliation devant le tribunal cantonal compétent du statut de juridiction générale de ce dernier.

« Si les deux parties comparaissent et s'il intervient une transaction, celle-ci sera insérée au procès-verbal.

« S'il n'intervient pas de transaction, les débats de l'affaire seront immédiatement entamés, si les deux parties y concluent; la demande sera en ce cas introduite par un exposé verbal.

« Si l'adversaire n'a pas comparu, ou si la tentative de conciliation n'a pas abouti, les frais occasionnés feront partie des frais du procès. »

Ce paragraphe renferme trois chefs bien distincts. Il

(1) § 471 ancien.

(2) § 702, § 2 ancien.

permet la conciliation *facultative* devant les tribunaux de paix, il proroge la compétence de ces tribunaux dans les cas que nous allons examiner et qui nous permettront d'étudier à fond la troisième et pour nous plus intéressante question de la transaction exécutoire devant le tribunal cantonal.

En ce qui concerne la conciliation, contentons-nous de rappeler très rapidement que le Code de procédure civile français n'avait organisé dès l'origine la tentative de conciliation devant le juge de paix que pour les affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement (1). La loi du 25 mai 1838 (2) a de plus introduit une conciliation dite petite conciliation, pour les affaires de la compétence du juge de paix.

La conciliation n'est imposée qu'autant que l'affaire ne requiert pas célérité et que le défendeur est domicilié dans le canton, mais remarquons que, quand elle est imposée, qu'elle s'appelle petite conciliation ou conciliation ordinaire, elle est prescrite à peine de nullité de la procédure subséquente, peine grave que rien n'explique pratiquement.

Dans la plupart des cas, malheureusement, la conciliation *forcée*, surtout entre mandataires, n'a pour effet que de grossir inutilement la procédure de l'instance (3).

De plus, cette conciliation, précisément parce qu'elle est

(1) C. P. C., art. 48 et suiv.

(2) Art. 17.

(3) Il résulte du rapport présenté à M. le Président de la République en 1882 par le garde des sceaux sur l'administration de la justice civile de 1826 à 1880, que, dans la période de 1845-1880, le nombre des conciliations suivies d'effet avait baissé de 50 % à 36 %. *Journ. off.*, 18 août 1882.

imposée, sous peine de nullité, offre des difficultés pratiques assez nombreuses ; une trop riche jurisprudence en fait foi. On peut dire que cette prescription touche, en fait, à presque toutes les questions de procédure : demandes principales, incidentes, connexes, accessoires, reconventionnelles (1), capacité de transiger (2), transaction (3), compétence en premier ou en dernier ressort des tribunaux d'arrondissement (4), demandes intéressant des incapables (5), requérant célérité (6), en matière de commerce (7), mise en liberté, mainlevée, saisie (8), demande contre plus de deux parties (9), demande en vérification d'écriture, désaveu, règlement de juges, tutelle, curatelle, etc. (10), séparations de corps, de biens, divorces (11), enfin « toutes les causes exceptées par la loi » (12), ces matières ont créé une trop longue jurisprudence.

(1) Cfr. D. *Suppl.*, v° *Conciliation*, nos 12 et suiv. ; — D. *Rép.*, *eod.* v°, n° 117, D. 63, 1, 372 ; — D. 52, 2, 25 ; — D. 86, 2, 270 ; — D. 45, 1, 202 ; — D. 60, 1, 442.

(2) *Ibid.*, n° 22 ; — Garsonnet, t. II, p. 201 ; — Pont. *Petits Contrats*, t. II, n° 520 ; — Boitard, 14^e édit., n° 85 ; — Rodière, t. I, p. 166 ; — Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, § 420 ; — Bonnier, n° 33.

(3) D. *Suppl. eod. verb.*, n° 30.

(4) M. Glasson sur Boitard, t. I, n° 87.

(5) D. *Rép.*, n° 158, *suppl.*, n° 34.

(6) D. 63, 2, 112 ; — D. 56, 2, 20 ; — Boitard, n° 190 ; — Garsonnet, t. II, p. 207 ; — Chauveau, t. I, n° 209 ; — Rodière, t. I, p. 167.

(7) D. 67, 1, 113.

(8) D. 71, 5, 90 ; Bruxelles, 17 nov. 1884.

(9) Caron, *Juridiction civile des juges de paix*, n° 781 ; — Rousseau et Laisney, v° *Conciliation*, n° 99 ; — D. 82, 2, 68 ; — *Journal des avoués*, t. LXXXII, p. 26.

(10) D. 52, 2, 9.

(11) Cfr. art. 239, C. C.

(12) C. P. C., art. 49 *in fine*. Ce seront les art. 320, 345, 566, 570, 718, 839, 856, 871, 878, 883, C. P. C.

Le § 510 C. P. C. all. a très heureusement supprimé la formalité de la tentative de conciliation *forcée* (1) en la remplaçant par la tentative *volontaire*.

Les parties ne savent-elles pas, en effet, mieux que la loi elle-même s'il y a quelque chance de se concilier, et ne sont-elles pas les meilleurs juges pour apprécier l'opportunité de cette mesure (2) ? Est-il enfin une matière où l'obligation soit moins de mise qu'à propos de la conciliation ? cette tentative devant le juge n'a-t-elle pas été essayée précédemment maintes fois par les parties entre elles ? l'assignation lancée, les frais exposés ne sont-ils pas le plus sûr garant que le débat ne peut plus se trancher que judiciairement ? S'il existait d'ailleurs l'ombre d'une chance d'apaisement, quelle nécessité d'exiger impérieusement de la partie qu'elle se rende chez le juge conciliateur : n'y irait-elle pas aussi bien seule, si la loi l'y autorisait ? Sur les quelques conciliations que notre loi de coercition enregistre, combien y en a-t-il que les parties n'auraient pas portées elles-mêmes devant le juge, si la loi leur en avait laissé la *faculté* ? En même temps toutes les difficultés que nous avons énumérées s'évanouissent avec la conciliation devenue volontaire, puisqu'il n'y a plus de distinction entre affaires susceptibles ou non de tentatives de conciliation, et du coup, une source féconde de nullités, d'incidents et de procès se trouve absolument tarie.

(1) Cette tentative de conciliation est prescrite toutefois en matière matrimoniale (Ehesachen). Cfr. C. P. C. all., § 608 et suiv.

(2) Le demandeur allemand a seul le droit de provoquer la tentative de conciliation. Il n'est pas donné au défendeur, sans doute pour qu'il ne serve pas de moyen dilatoire.

C'est là le premier bienfait du § 510 C. P. C. all. auquel se réfère le § 794, n° 2 (702 ancien).

Ce n'est pas tout.

Si les parties ne se concilient point, mais si elles consentent à s'en rapporter à la sentence du juge cantonal, à renoncer aux tribunaux supérieurs régulièrement compétents, il suffit d'une simple manifestation de leur volonté, que *chacune* des parties conclue au fond (1), le juge cantonal est régulièrement saisi, sa compétence est prorogée et il juge immédiatement (2).

(3) C. P. C. all., 471, § 2. Cfr. Wilmowsky-Levy, t. 1, p. 724.

Notons pour être complets que les dispositions éparées réglementant l'organisation de la conciliation volontaire ont été réunies et codifiées dans la loi du 29 mars 1879 qui n'a d'effet toutefois que pour le royaume de Prusse.

Le magistrat conciliateur n'est pas le juge cantonal, mais un citoyen choisi dans chaque commune qui prend le nom de Schiedsmann ou arbitre. Ces fonctions sont gratuites et honorifiques, mais peuvent être refusées dans certains cas rigoureusement déterminés (art. 2). Dans les autres cas non prévus, la résignation de ces fonctions expose le citoyen qui en était chargé ou qui les refuse à être déchu de tout droit d'administration dans la commune, et en outre à être astreint à payer la taxe communale augmentée de un huitième à un quart, le tout pendant une certaine période (art. 10). Bien entendu, comme dans le système que nous venons d'étudier, la tentative de conciliation est facultative pour les parties, et enfin, modification heureuse que nous pourrions imiter, les parties doivent se présenter en personne devant l'arbitre; les mandataires sont interdits, sauf pour les communes et les corporations (art. 18). L'assistance d'un conseil près de la partie peut même être refusée par le magistrat conciliateur, sauf quand la partie est illettrée (art. 19). Nous verrons au cours de cette étude que, si les parties concluent une transaction, celle-ci est revêtue de la formule exécutoire (art. 30 et suiv.).

Le Schiedsmann a enfin une compétence remarquable et originale en matière pénale: il a mission de concilier les parties lorsqu'il s'agit d'injures, violences légères ou blessures par imprudence (art. 33).

Si le coupable est un étudiant inscrit à une Université, le Schiedsmann sera dans ce cas le recteur de l'Université (Règlement du 22 août 1879).

(2) *Ibid.*

Cet article est très clair et fort précis. Notre article 7 C. P. C. relatif également à la prorogation volontaire du juge de paix (1) est au contraire en butte à bien des controverses.

On connaît la difficulté de la jurisprudence à admettre la prorogation volontaire (2) en dehors des cas d'incompétence indiqués formellement par la loi (3), c'est-à-dire à raison du domicile des parties ou de la situation des objets litigieux.

Notons toutefois que ce système a fait place à une théorie analogue à celle du droit romain sur la matière (Loi 28, D. *ad mun.* Loi 74, § 1, D. *de judic.*: *Judex qui ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat*) et à notre ancien droit en accordant au juge de paix, du consentement des parties, une prorogation volontaire en dehors de ces cas, mais seulement relativement à la somme fixée par la loi pour la compétence, *usque ad certam summam*, ou bien encore *de quantitati ad quantitatem*.

(1) Le texte que nous reproduisons paraît être, dans sa forme, la principale cause des discussions qu'il a suscitées : « Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix, auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois ou les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, *encore qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux.* »

(2) La prorogation volontaire est opposée à la prorogation légale du juge de paix en matière de demandes reconventionnelles, et demandes réunies dans une même instance. Les demandes reconventionnelles ne sont d'ailleurs recevables qu'autant qu'elles rentrent dans les matières dont ces magistrats ont à connaître. Les demandes reconventionnelles doivent être également soigneusement distinguées des exceptions proprement dites ; pour ces dernières, tant que la loi n'en a pas disposé autrement, le juge de l'action est juge de l'exception.

(3) C. P. C., art. 7.

Mais, quant à la prorogation de compétence d'une matière à une autre matière, *de re ad rem*, nous savons que la jurisprudence est restée inflexible, aucune prorogation de compétence ne peut être accordée, et le juge de paix ne peut connaître d'affaires en une matière qui lui est complètement étrangère (1). Il y aurait alors, suivant la majorité des auteurs, création de juridiction, et non prorogation proprement dite (2).

C'est ainsi qu'en matière immobilière par exemple, où sa compétence est restreinte aux seules actions possessoires, on ne pourrait lui soumettre, du consentement des parties, et quelque minime qu'en soit la valeur, une question de propriété (3).

Ces questions doivent, dans tous les cas, être renvoyées devant les tribunaux ordinairement compétents, et la seule dérogation à cette règle, la seule prorogation possible de la compétence des juges de paix *de re ad rem*, serait à notre avis la renonciation au droit d'appel en matière possessoire (4) et encore ne serait-ce pas à proprement parler une prorogation de compétence, mais un fait négatif, le désistement du droit d'être jugé par une seconde juridiction légalement constituée.

En résumé, la prorogation du juge de paix ne peut jamais avoir lieu d'un certain genre d'affaires à un autre (*de*

(1) Voët, *ad pand. de judic*, n° 85; — Sic : Guy-Pape, *quæst.* 285; — *Code du pr. Favre*, liv. III, tit. XXII; — 3 frim. an IX; D. v° *Compétence*, art. 6, p. 157.

(2) Bioche, *Dict. des juges de paix*, v° *Prorogation*, n° 7; — Jay, *De la compétence des juges de paix*, n° 1242; — Bourbeau, *De la justice de paix*, n° 14; D. 64, 1, 25; D. 66, 1, 447.

(3) Sic : D. v° *Compétence*, art. 6, p. 158.

(4) Sic : D. v° *Compétence des juges de paix*, *loc. cit.*

re ad rem). Elle peut seulement avoir lieu, et encore dans certains cas, au prix de certaines difficultés et en vertu d'une jurisprudence très tolérante, de *quantitate ad quantitatem*. C'est donc en réalité une double entrave : l'une complète, absolue, l'autre moins radicale, apportée à la prorogation de la compétence du juge de paix, et ce, en dépit du vœu du législateur qui a toujours visé à déverser sur le juge de paix des affaires dont les tribunaux d'un ordre plus élevé connaissaient auparavant.

Le § 510 C. P. C. all. (471 ancien) que nous étudions, autorise l'extension de la compétence du juge *dans tous les cas* relevant de la procédure dite ordinaire, mais non en matière d'état (1) et à la seule condition que les parties admettent sa juridiction et autorisent cette prorogation.

Cette autorisation n'est pour ainsi dire soumise à aucune règle de forme : le § 510 (471 ancien) du Code de procédure allemand le dit expressément : un simple exposé verbal (conclusions verbales) peut suffire (2) (3).

Cette faculté pour le justiciable allemand de pouvoir terminer, s'il le désire, avec des formes rapides (4) économiques et sans ministère d'avoué devant l'Amtsrichter est évidemment un grand progrès sur la procédure française.

Il convient d'ajouter immédiatement que, si cette mesure a pu être prise en Allemagne, c'est grâce, non seulement

(1) Sauf la restriction ci-après.

(2) § 510, Code de procédure civile allemand.

(3) Dans cette hypothèse les parties sont soumises à la règle générale en matière d'introduction de l'instance devant le juge de paix, telle qu'elle est réglée par le § 496 (457 ancien) Code de procédure civile allemand : « La demande pourra être présentée par écrit au Tribunal ou déclarée devant le greffier qui en dressera procès-verbal.

(4) Le § 510³ du Code de procédure civile allemand prescrit formellement une instance immédiate.

à une organisation plus parfaite de ce Tribunal, mais surtout à un recrutement plus sévère du juge cantonal. — Ce magistrat n'est pas, comme chez nous, considéré comme nécessairement d'ordre subalterne ; cette fonction n'est pas confiée à des personnalités certainement fort honorables, mais peu versées dans la théorie ou même la pratique du droit, à des agents retraités de la force publique par exemple qui ont pu être d'excellents auxiliaires de la justice pour exécuter ses ordres, mais qui sont le plus souvent incapables d'en rédiger les arrêts. L'Amtsrichter est au contraire, dans tous les cas, un magistrat de carrière ayant subi avec succès non seulement les épreuves universitaires, mais ayant montré les connaissances les plus approfondies théoriques et pratiques dans les deux difficiles examens d'Etat (Staatsexamen) qui, plus que le doctorat, sont le couronnement des études juridiques en Allemagne. — Ce juge offre donc, entre autres, toutes les garanties d'expérience et de savoir nécessaires qui sont indispensables pour occuper dignement ce siège, puisque, précisément en vertu des règles que nous étudions relativement à la prorogation de compétence, il peut être, et il est appelé en fait à connaître seul (1) presque toutes les matières possibles qui peuvent donner naissance à une contestation (2). L'Amtsrichter n'est donc pas, comme no-

(1) En matière pénale le juge de paix est assisté de deux assesseurs non magistrats (Schöffen). Cfr. en France, Loi du 24 août 1790 réformée par la Loi du 29 ventôse an IX.

(2) Cette extension s'applique même dans les cas où l'affaire serait de la compétence exclusive des tribunaux de première instance (Landgericht). Cfr. Procès-verbaux de la commission de justice du Reichstag chargée du Code de pr. civ., p. 201. — Toutefois le juge cantonal ne serait pas compétent pour les matières qui concernent exclusivement les tribunaux spéciaux : Cfr. loi d'introduction du C. P. C. all., art. 3. —

tre juge de paix, un magistrat d'ordre inférieur, comme on l'appelle officiellement, sinon justement, en France.

La troisième et dernière disposition du § 510 (471 anc.) C. P. C. all. nous intéresse plus particulièrement, plus peut-être que les deux autres qui nous ont toutefois servi à la faire comprendre par avance. Elle consiste dans la faculté, pour les parties qui ne veulent pas user du bénéfice de prorogation de compétence du juge de paix et ne désirent pas davantage plaider devant la juridiction régulièrement compétente, de pouvoir valablement faire devant le juge cantonal une *transaction* qui aura force exécutoire.

Nous savons qu'il n'en est pas de même en France et quelques mots d'explication sont nécessaires à ce sujet.

L'article 55, § 2, C. P. C. fr. contient en effet cette disposition énigmatique : « Les conventions des parties insérées « au procès-verbal (du juge de paix) auront force d'*obligation privée*. »

On connaît la différence fondamentale entre les diverses preuves littérales suivant que les actes sont authentiques ou sous seing privé. Nulle part, sauf dans cet article, il n'est parlé d'*obligation privée*. C'est bien là en effet un troisième mode *exceptionnel* participant des deux premiers, mais auxquels il n'emprunte que certains éléments. Nous allons en fixer historiquement l'origine et en préciser pratiquement la portée.

L'obligation privée n'est pas un acte authentique : pour le prouver, il suffit de rappeler les caractères de ce dernier.

L'acte authentique, œuvre de fonctionnaires publics in-

Nous pourrions citer comme « tribunal spécial le Patentant ou tribunal des brevets, etc. »

vestis de la confiance de la loi (1), fait foi par lui-même et oblige l'adversaire qui le conteste à user de l'inscription et de la périlleuse procédure de faux.

L'acte authentique émané des notaires emporte l'hypothèque conventionnelle, quand cette convention est expressément stipulée dans l'acte.

Enfin, l'acte authentique peut être seul revêtu de la formule exécutoire.

Ces trois caractères ne se retrouveront jamais dans un acte sous seing privé ordinaire.

Par contre, un seul se retrouvera dans l'*obligation privée* résultant du procès-verbal du greffier du juge de paix.

Le privilège spécial établi par l'art. 2127 C. C. conférant ainsi aux seuls notaires le droit de dresser des conventions emportant hypothèque continue à subsister, et les conventions du procès-verbal du greffier de justice de paix ne peuvent en aucun cas, même et surtout du consentement des parties, emporter une pareille clause.

Nous verrons que c'est là précisément une des principales raisons d'être de l'exception que nous étudions.

De même ces *obligations privées* ne seront certainement pas exécutoires, c'est-à-dire munies de la formule, car le nom seul que la loi leur a attaché indique assez qu'elle n'a voulu les assimiler ni à des jugements, ni à des actes notariés.

Pourtant tout le monde est d'avis que la loi n'a pas refusé à cette *obligation privée* le troisième caractère de l'acte authentique : l'authenticité jusqu'à l'inscription de faux (2).

(1) Boitard, Colmet-d'Aage et M. Glasson, *loc. cit.*: *Conciliation*, 1, 95.

(2) *Sic* : tous les auteurs. Cfr. notamment Locré, part. 2, com. 11, nos 9,

L'explication rationnelle et juridique de cette anomalie nous paraît quasi-impossible (1). Seule l'explication historique est précieuse, car elle nous montre d'abord pourquoi cette exception a été faite, et en second lieu elle confirme les points que nous venons d'établir ; en d'autres termes, en établissant *pourquoi*, elle démontre *comment* le seul caractère d'authenticité a été laissé au procès-verbal du greffier de justice de paix.

L'art. 55, § 2, Code de procédure civile a été introduit dans notre procédure à la demande expresse des notaires, jaloux de leur privilège conféré par l'art. 2127, ainsi que de leur droit d'apposer la formule exécutoire au bas des grosses. Sur le premier point surtout, le concours, nous allions dire la concurrence, du greffier de juge de paix leur paraissait redoutable. Il était à craindre en effet que les parties, au lieu de consentir à déboursier les lourds frais et honoraires exigés par le notaire (2), allassent devant le juge de paix, sous couleur de conciliation, faire enregistrer par le greffier de véritables conventions, ou

et *passim* ; — Levasseur, t. 1, p. 118 ; — Chauveau-Carré, quest. 232 ; — Pigeau, t. 1, p. 151 ; — Boncenne, t. 1, p. 146 ; — Rennes, 12 août 1814 ; — D. v^o *Conciliat.*, ch. viii, n^o 272 ; — Boitard, Colmet-d'Aage et M. Glasson, t. 1, p. 94 et suiv. ; — *La bibliothèque du barreau*, p. 245 ; — Merlin, v^o *Bureau de conciliation*, n^o 5 ; — Toullier, t. viii, p. 491 ; — Favart, p. 631 ; — Curasson, t. 1, p. 101 ; — Treilhard et Faure, Discours. — Cfr. D. v^o *Conciliat.*, p. 26 et 27 et la note.

(1) Tout au plus pourrait on rapporter à titre de curiosité l'opinion de Loqué (Cfr. Loqué, part. 2, com. 11, n^o 79) qui justifie cette explication par la méfiance qu'on aurait eue de l'aptitude des juges de paix à dresser de telles conventions.

(2) Ces frais sont si élevés en effet que toute une théorie tente de s'établir, pour démontrer qu'ils se divisent en deux parts : l'une formant les honoraires proprement dits, et l'autre représentant une prime d'assurance *sui generis* contre les vices de l'acte dont le notaire rédacteur a la responsabilité.

même des transactions qui auraient été munies de ce fait de la formule exécutoire, et auraient pu, en outre, servir de base, non seulement à une hypothèque conventionnelle, si les parties en avaient manifesté l'intention dans l'acte, mais encore en tous cas à une hypothèque judiciaire, autrement favorable au créancier puisqu'elle comprend tous les biens présents et à venir (1).

Voilà pourquoi des trois effets principaux de l'acte authentique, l'*obligation privée* de l'art. 54, § 2, en a perdu les deux principaux. Quant au troisième, quant au caractère d'authenticité qu'on lui a conservé, il n'a pas paru faire échec en lui-même aux privilèges des notaires, et c'est pourquoi il a été seul conservé.

Du reste cette explication historique est d'accord avec le projet primitif du Conseil d'Etat qui était tout à fait explicite et qui portait : « Les conventions des parties, « au procès-verbal ne seront pas exécutoires et ne donneront pas hypothèque (2). »

C'est donc là la volonté bien évidente du législateur.

Cette disposition est-elle critiquable ?

En fait, en 1806, le législateur n'aurait pas dû, et il n'avait aucun motif de céder aux observations des notaires : ces derniers en effet n'étaient pas encore sous le régime de la loi de finances de 1816, ils étaient donc, du moins

(1) Cette dérogation aux règles ordinaires de l'hypothèque, si critiquée d'ailleurs, est bien connue des usuriers qui ne manquent jamais, avant de prêter à un insolvable, mais qui a des *espérances*, de prendre jugement, le plus souvent d'accord avec lui, afin d'avoir une hypothèque dès que ces *espérances* tomberont dans le patrimoine de leur débiteur.

(2) Locré, *loc. cit.*

légalement, de simples fonctionnaires, ne tenant leur charge que du gouvernement (1).

Ce dernier avait donc alors, à la différence d'aujourd'hui, toute liberté pour modifier la nature de leur emploi. — Les raisons qui militent si puissamment en leur faveur, les droits acquis par suite de la vénalité de la charge, qui sont après tout réels, malgré les fictions de la chancellerie, malgré le nom dont on décore la transmission de l'office ou plutôt la *présentation* à l'agrément du chef de l'Etat, tous ces empêchements n'existaient pas alors. — Et pourtant c'est aux seules représentations des notaires que le législateur a cédé, car il n'avait, à notre connaissance, aucun autre motif d'en décider ainsi.

En droit, c'est consacrer une exception à la règle sur les effets des actes littéraux que rien n'explique et que rien ne justifie. Pourquoi l'acte émané du greffier de justice de paix n'aurait-il pas la même valeur que celui de son confrère d'un autre tribunal? Serait-ce une sorte de méfiance envers lui ou envers le tribunal lui-même, la crainte de voir le juge de paix incapable de rédiger de pareilles conventions? A cette objection, la seule qu'on puisse opposer, et que Locré indique timidement d'ailleurs (2) nous répondrons victorieusement d'abord que les conventions dont s'agit : conciliation, transactions ne seront pour ainsi dire jamais l'œuvre du juge, mais des parties elles-mêmes qui, le plus souvent en dehors de sa présence, auront conclu leurs arrangements et ne les lui

(1) Loi 29 sept.-6 octobre 1791, sect. II, tit. II, art. 1 ; — *Ibid.*, t. IV, art. 1 et suiv. De même, loi sur le notariat, 25 vent. an XI (16 mars 1803), art. 33.

(2) Locré, *loc. cit.*, et Cfr. *suprà*.

porteront que pour les faire homologuer. Si d'aventure le contrat est mal rédigé, les parties n'auraient qu'à s'en prendre à elles-mêmes et nous ne voyons pas comment le juge pourrait avoir un semblant de responsabilité.

En outre, il serait difficile de soutenir qu'il faille se défier de la capacité du juge de paix en conciliation, quand ce même juge, au contentieux, est armé d'un pouvoir qu'on pourrait appeler exorbitant; quand il juge en premier et en même temps en dernier ressort; quand il est impossible par conséquent de réparer une erreur ou une maladresse! N'est-ce pas là, au contraire, la meilleure preuve de la confiance que le législateur lui témoigne, et n'existe-t-il pas, par ailleurs, une tendance, dont il est impossible de nier l'existence et que ce même législateur a consacrée, lorsqu'il confère au juge de paix une compétence de plus en plus étendue *de quantitate ad quantitatem* et qu'il l'autorise à connaître, en des matières les plus diverses, souvent extrajudiciaires? La loi presque récente qui a relevé le maximum de sa compétence et le désir de la voir relever encore, n'en sont-ils pas la preuve évidente?

Comment s'expliquerait-on qu'on soupçonne le juge de paix d'être incapable d'enregistrer une conciliation, œuvre des parties, alors qu'on lui a confié le soin de rédiger lui-même, sans pouvoir consulter des assesseurs que la loi lui a retirés (1), des jugements, souvent souverains, sur les matières les plus diverses, et concernant des intérêts souvent considérables, comme en matière possessoire par exemple.

(1) Loi 24 août 1790 modifiée par la loi 29 ventôse an IX.

Sans quitter le même terrain, nous savons (1) quelles objections de graves esprits ont élevées contre le droit conservé au notaire — tel qu'il existe actuellement — d'apposer la formule exécutoire sur les actes.

Cette concession se comprenait dans notre ancien droit, et s'expliquait historiquement dans nos anciennes coutumes : c'est qu'en France le droit de passer des actes fut longtemps confondu avec celui de la justice.

Pendant la période féodale, lorsque le Comte tenait les plaids, « tous les contrats se passaient devant lui, et il les « faisait écrire par son chancelier (2). » Et Loyseau que nous venons de citer ajoute : « Tout ainsi que les clercs des « juges expédiaient sous eux et en leur présence les actes « de juridiction contentieuse, ainsi ils expédiaient seuls, « et en l'absence des juges, des actes de juridiction volontaire qui sont les contrats, parce que, lorsque les « parties sont d'accord, le juge n'y a que voir (3). »

On comprend dès lors ces expressions *de style* que Loyseau relève lui-même dans les contrats : *les parties sont comparues devant le notaire comme en droict et en jugement* ; ou bien encore : *elles sont jugées et condamnées de leur consintement* ; ou bien *comme en droict jugement*.

Saint Louis, lui-même, grand réformateur en la matière, ne songea jamais à briser le lien rattachant le notaire à la juridiction contentieuse.

Lorsqu'il créa, en 1270, soixante notaires pour la prévôté de Paris, il ordonna que les actes de ces notaires fussent

(1) Cfr. *suprà*.

(2) Loyseau, *Traité des offices*, liv. II, chap. V, n° 48.

(3) Loyseau, *loc. cit.*, n° 49.

intitulés au nom du Prévôt de Paris, et expressément passés au Châtelet lui-même dans une salle spéciale où il devait toujours se trouver deux notaires pour recevoir les actes. Ces derniers devaient, aussitôt terminés, être remis au Scelleur qui y apposait, toujours sous l'autorité du Prévôt de Paris, le sceau du Châtelet.

Ajoutons que ce droit de passer les actes était si intime avec l'exercice de la justice que, jusqu'à la Révolution, l'adjudication du droit de justice comprenait toujours le greffe et le notariat (1).

Ce rapide exposé nous montre pourquoi en France, et dans les pays qui se sont inspirés de sa législation, les contrats notariés emportent exécution forcée, tout comme les jugements.

Cette explication historique est la justification du système, bon, tant que le notariat se rattachait effectivement à la justice. A l'heure actuelle, au contraire, les notaires ne sont plus les délégués d'un parlement ou d'un prévôt, ils sont devenus les délégués directs et spéciaux du pouvoir exécutif : « Ils ne sont plus, comme disait Toullier, une émanation de l'autorité judiciaire, mais une délégation de la puissance royale (2). » L'œuvre des lois des 29 sept.-6 oct. 1791 et 25 vent. an XI est accomplie ; aujourd'hui les derniers liens sont rompus, et il n'y a plus de rapport entre le notariat et la justice.

Dans ces conditions, il aurait semblé logique que le législateur de 1806 ait eu une conception du notariat autre que celle de l'ancien droit et qu'il affaiblisse ce droit d'au-

(1) Exposé des mot. de la loi 25 vent. an XI.

(2) Toullier, t. vi, n° 211.

toriser l'exécution forcée laissé au notaire, que rien ne justifiait plus désormais. Or, au lieu de l'affaiblir, il le fortifie ; et à l'inverse, au lieu d'augmenter le pouvoir d'exécution en matière de jugement, c'est lui que précisément il amoindrit. Cette mesure n'est-elle pas critiquable ? Ne peut-on pas regretter que le législateur ait, à ce propos, laissé passer l'occasion de faire une heureuse réforme de notre procédure, quand il le pouvait si facilement, et qu'il n'ait pas consacré l'unité de l'exécution forcée en la mettant, toute entière, entre les mains du juge d'où elle n'aurait jamais dû sortir ?

Telles sont les critiques que l'on peut adresser à l'article 57, § 2, qui a introduit, tout à fait exceptionnellement, l'obligation privée.

La transaction exécutoire est d'un usage courant dans la pratique des affaires, en Allemagne, au point qu'il est presque difficile d'énumérer les cas dans lesquels elle est employée, puisqu'elle les comprend presque tous. On nous excusera peut-être d'en donner un exemple qui aura l'avantage de jeter un certain jour sur la législation allemande, tout en montrant le caractère pratique de cette procédure en une matière tout à fait originale et inconnue du droit français : nous voulons parler de l'usage du procès-verbal du juge de paix en matière de quasi-reconnaissance d'enfant naturel en droit allemand (C. civ. all., art. 1705 et suiv.), reproduite en grande partie d'après le Code civil saxon (art. 1860 et suiv.).

D'après le Code civil saxon, lorsqu'un enfant naturel vient au monde, le *tribunal de tutelle* (1) lui nomme un

(1) Le tribunal de tutelle joue à peu près le rôle de notre subrogé-tuteur.

tuteur, et ce dernier, sur les indications de la mère, fait comparaître l'« auteur de la grossesse » (*Schwangerer*, — le Code saxon n'emploie pas l'expression de père) devant le juge de paix, à l'effet de jurer s'il n'a pas eu de rapports avec la mère de l'enfant pendant la période de conception.

S'il répond affirmativement, mention en est faite au procès-verbal ; s'il nie, mention en est également faite ; mais dans ce cas, s'il est prouvé le contraire de son assertion, il est poursuivi pour faux serment avec une rigueur que nous ne connaissons pas dans la pratique française en cette matière.

Notons en passant, et ce détail est, croyons-nous, peu connu et même ignoré chez nous, que cet aveu n'est nullement une reconnaissance, cette procédure n'est en aucune façon une recherche de la paternité même déguisée ; le *Schwangerer* n'est nullement un père : l'enfant ne porte pas son nom, n'entre pas dans sa famille, il n'a aucun droit à sa succession. Cette proposition est tellement vraie qu'il existe parallèlement une véritable reconnaissance et cette fois volontaire, telle que nous la concevons dans notre droit.

Le *Schwangerer* peut, s'il le veut, changer son rôle d'auteur de la grossesse en celui de père naturel dans le sens français ; il a alors d'autres formalités à remplir : d'après le droit saxon, il peut donner à l'enfant les droits d'un enfant légitime, soit par mariage avec la mère (légitimation par mariage subséquent), soit sans mariage, en appliquant à son enfant, conformément à l'art. 1890 C. civ. saxon qui l'y autorise *expressément*, les règles relatives à l'adoption. Dans l'un et l'autre cas cependant, l'en-

fant n'acquiert pas de droit sur la succession des parents de son père (1). (Cfr. art. 1783, 1841, 2023, C. civ. sax.).

Il y a donc deux sortes de pères naturels en Allemagne : en premier lieu l'*auteur de la grossesse* que nous oserions appeler une sorte de père nourricier, faute d'expression, sinon plus juste, du moins plus juridique, qui n'a aucune des charges civiles de la paternité, mais est obligé d'entretenir l'enfant, et enfin le père naturel proprement dit, qui consent *librement* à tous les effets de la paternité (2).

Le caractère de l'*auteur de la grossesse* est même si loin de celui d'un véritable père que le Code civil saxon, prévoyant le cas où la mère aurait eu des rapports intimes avec plusieurs individus, déclare tous ces individus *Schwangerer*, et par une application aussi inattendue que piquante, mais juste pourtant de ce système, les condamne *solidairement* à payer les frais d'entretien de l'enfant. (C. civ. sax., art. 1872) (3).

Aucun législateur moderne n'oserait, non seulement reconnaître plusieurs pères à un enfant, mais encore faire la bouffonnerie de les déclarer solidaires, tandis

(1) Le Code civil allemand va plus loin en permettant au père, même sans mariage avec la mère, de légitimer pleinement l'enfant, c'est-à-dire de lui accorder tous les droits d'un enfant légitime (C. civ. all., art. 1723 et 1736).

(2) En effet, les rapports entre *auteur de la grossesse* et enfant ne sont nullement des rapports de père à fils, mais simplement de créancier à débiteur : l'enfant appartient à la mère exclusivement et nous ajouterions même pleinement, en ce sens que l'enfant naturel a vis-à-vis de sa mère et de ses parents maternels tous les droits d'un enfant légitime (art. 1874, C. civ. sax.).

(3) Le C. civ. all. n'a pas reproduit cette disposition. Dans ce cas l'auteur de la grossesse peut invoquer l'*exceptio plurium* déjà connu de notre ancien droit.

qu'on conçoit fort bien qu'avec le caractère particulier du *Schwangerer*, c'est-à-dire d'un débiteur d'une pension alimentaire et rien de plus, la loi saxonne puisse en admettre plusieurs et les condamner solidairement.

Ces quelques explications indispensables étant données, quel sera le jeu de la procédure d'exécution forcée dans cette hypothèse ?

L'enfant soumis à cette quasi-reconnaissance sera pratiquement et surtout immédiatement dans une situation supérieure, non seulement à notre enfant naturel non reconnu, qui n'a rien, mais encore à l'enfant reconnu.

Dès sa naissance, grâce au § 794 (702 anc.) du Code de procédure civile allemand que nous étudions, il aura, sans frais, sans débats, un titre exécutoire tout prêt, une sorte de modeste brevet de pension, et, nous ne saurions trop insister en cette matière, une assurance *immédiate* contre ses premiers besoins (1).

Au contraire, que notre père naturel refuse de subvenir aux besoins de son enfant ? Un procès est inévitable, quand il est possible, avec ses frais, ses complications et ses lenteurs.

Ce n'est pas le seul avantage de la procédure que nous étudions. Le scandale si redouté résultant de la recherche de la paternité n'existe plus, puisqu'il n'y a ni recherche, ni procès, ni chantage, ni diffamation possible, pas de correspondance intime dévoilée, pas de témoignage

(1) Cette assistance portée à l'enfant *dès sa naissance* est un bienfait capital dont la statistique elle-même nous montre l'importance. Les mortalités sont en nombre effrayant pour les naissances illégitimes (8,26 0/0) par rapport aux naissances légitimes (4,16 0/0), soit à peu près exactement la moitié. Il est bien certain que le premier chiffre est surtout élevé par suite de la misère, du dénuement et du besoin.

reproduit. La loi demande une simple déclaration, une sorte de reconnaissance de dette ; tout se passe dans le silence du cabinet du juge de paix.

Cette procédure vaut certainement mieux que le palliatif imaginé par notre jurisprudence permettant une action en vertu de l'art. 1382, grâce à laquelle tous les abus de l'ancienne recherche reparaissent, et où, sous couleur de préjudice causé, se cache souvent un véritable chantage et en tous cas le déshonneur et la honte portée au sein d'une, et quelquefois de deux familles.

On voit par ce rapide aperçu et cet exemple choisi entre un grand nombre qui tous corroborent le caractère pratique de la disposition que nous étudions, que le § 794, n° 3 (702, § 3 anc.), du Code de procédure civile allemand a donné les meilleurs résultats, permet une foule de réformes, évite des débats coûteux et sans fin, sans compter l'avantage de décharger les autres tribunaux d'un grand nombre de causes dont, autrement, ils auraient eu à connaître.

§ 794, n° 3.

Le § 794 (1) C. P. C. all. continue son énumération en ces termes :

« L'exécution forcée aura lieu, en outre, en vertu des « décisions contre lesquelles le moyen du *recours* (Bes- « chwerde) est ouvert. »

Le livre III du C. P. C. énumère les divers modes permettant d'attaquer un jugement ; ils sont au nombre de trois (2) : l'*appel* (3), la *revision* (4) et enfin le *recours* (5).

(1) 702 ancien.

(2) Le livre III contient limitativement toutes les voies de recours proprement dites. Il est peut-être intéressant de noter que le livre IV s'occupe, en outre, de deux cas qui sont, en réalité, des voies extraordinaires de recours : 1° la demande en restitution (Restitutions klage) ; 2° la demande en nullité de jugement (Nichtigkeits klage). Ces deux voies pourraient être comparées, en plus d'un point, à notre requête civile. (Cfr. M. Glasson, C. P. C. all. trad., p. 189 et la note).

(3) *Berufung*, presque semblable à notre appel français. (Cfr. 472, 506 C. P. C. all.). — Wilmowsky-Lévy, t. II, p. 276-768, C. P. C. all. traduit par MM. Glasson, Lederlin et Dareste, *sub* art. 472, et une note remarquable résumant les caractères de l'appel dans les deux pays. — Cfr. en dr. comparé : C. P. C. ital., art. 481 et suiv. ; — Code de Genève, art. 306 et suiv.

(4) La *revision* (en all. *Revision*) se rapproche d'assez près de notre pourvoi en cassation. Toutefois, il y a des différences notables, ainsi que l'indique notre excellent maître M. Chavegrin, au point de vue du tribunal chargé de statuer, de la procédure qui y est suivie et des effets de la décision rendue. — Cfr. *Bull. de la soc. de légist. comp.*, 82, p. 238. — Cfr. égal. MM. Glasson, etc. C. P. C. all. traduit, § 507 ancien et la note. — Cfr. égal. O. Fischer, *Die Reform des Rechtsmittels der Revision im Civilprocess*, (*Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts*, 38^e tome, p. 265 et suiv.).

(5) C. P. C. all., § 567 à 577 (530 à 540 anciens), Wilmowsky-Lévy, tome II, p. 798 et suiv. ; — Barazetti, p. 192 et suiv.

Qu'est-ce que le *recours*?

La définition du mot *Beschwerde* est aussi difficile que sa traduction. C'est une disposition inconnue au droit français, et, comme à une chose nouvelle il faut un mot nouveau, nous avons choisi l'expression *recours*, qui ne nous satisfait sans doute pas pleinement (1), mais qui a le mérite d'indiquer à peu près ce qu'est actuellement la *Beschwerde*, tout en ne provoquant pas une confusion dans l'esprit, comme le mot *pourvoi*, par exemple, qui a chez nous un sens technique assez précis, mais qui, pourtant, probablement faute de mieux (2), a été adopté par les savants commentateurs et traducteurs français du C. P. C. all. (3).

L'origine de la *Beschwerde* remonterait, soit aux *supplicationes* du droit romain (4), soit à la *quærela simplex* du droit germano-romain (5).

En tous cas, dans le *Miroir de Souabe*, ou du moins dans le recueil connu sous ce nom, nous trouvons la *Beschwerde* énumérée parmi les voies de recours contre les jugements (6), dans le cas où la partie aurait subi une condamnation injuste du fait personnel du juge. Ce caractère particulier, cette sorte de prise à partie, de *plainte* (7) contre le juge, et non contre le jugement, s'affirme par ce

(1) Le mot *Beschwerde* signifie littéralement plainte.

(2) Cfr. p. 185 et la note 1 de l'ouvrage cité ci-dessus.

(3) Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne, traduit et annoté par MM. Glasson, Lederlin et Dareste. Paris, imprimerie Nationale, sub § 702 ancien.

(4) Renaud, *Lehrbuch*, 1, § 192.

(5) Cfr. Wetzel, *Syst.*, § 61; — Renaud, *loc. cit.*, §§ 182 et suiv.

(6) *Miroir de Souabe*, ch. xxxix.

(7) Ce caractère justifie l'étymologie du mot *Beschwerde* qui, nous le rappelons, signifie littéralement plainte.

fait que le plaignant qui succombe était tenu de payer, en outre des frais, une amende aux juges composant le tribunal supérieur (1), très probablement à titre de peine pour l'accusation sans fondement portée contre les premiers juges.

En cas de *Beschwerde*, il existait une procédure doublement intéressante, d'abord par son originalité pour nous, ensuite parce qu'elle a laissé des traces jusque dans le Code de procédure civile all. : il fallait un jugement préalable du tribunal inférieur pour autoriser la partie à porter plainte devant le tribunal supérieur (2).

En effet, d'après le § 669 du Code de procédure civile all. (3), la *Beschwerde* doit être formée devant le tribunal ou le Président qui a rendu la décision attaquée (4). Ce dépôt de l'acte d'appel au tribunal inférieur, au lieu du tribunal supérieur, n'est pas une simple règle de forme (5), car sans qu'il soit besoin, toutefois, d'un véritable jugement d'autorisation, comme dans l'ancien droit germanique, le tribunal inférieur examine l'affaire dont est recours contre lui-même ; si le recours lui paraît juste et fondé, il y fait droit (6) ; dans le cas contraire, il renvoie le recours

(1) *Miroir de Saxe*, II, XIV, § 4 et 5 ; — *Miroir de Souabe*, chap. cxxiv.

(2) *Miroir de Souabe*, ch. xxvii et cxxvi. — Ch. également *Miroir de Saxe*, I, XIX et II, XII ; — Code de procédure civile allemand, §§ 569 et 571 (532 et 534 anciens).

(3) 532 ancien.

(4) Sauf en matière urgente ; dans ce cas, l'affaire est portée directement devant le Tribunal supérieur (C. P. C. all., art. 534 *in fine*).

(5) L'appel ordinaire allemand s'interjette, au contraire, par la signification d'un acte écrit contenant : 1^o mention du jugement ; 2^o déclaration d'appel ; 3^o assignation de l'intimé devant le tribunal d'appel. Cfr. C. P. C. all., art. 479.

(6) C. P. C. all., § 571 (534 ancien).

devant le tribunal supérieur, dans le délai d'une semaine (1).

Aujourd'hui, le recours a pour ainsi dire complètement perdu son caractère particulier de plainte contre le juge personnellement (2) et est devenu, comme l'appel ordinaire, un mode de réformation du jugement. Comme l'appel ordinaire, le recours consiste en une seconde instance, en d'autres termes, toujours comme dans l'appel ordinaire, c'est le procès, ou plutôt très généralement une question formant partie du procès exposé une seconde fois, mais devant des magistrats d'un ordre supérieur.

Là, s'arrêtent, croyons-nous, les ressemblances avec l'appel ordinaire. Les différences sont, au contraire, bien plus nombreuses.

Au fond, l'appel est un mode général, le recours n'est qu'un mode exceptionnel et dans certains cas déterminés, indiqués d'une façon formelle et limitative dans le §567 du Code de procédure civile allemand(3). Ces cas tou-

(1) C. P. C. all., § 571 *in fine* (534 anc.). Cette règle ne s'applique qu'au recours simple (einfache Beschwerde) et non à la Beschwerde immédiate (*Sofortige*). C. P. C. all., §§ 571 et 577³ (534 et 540 anciens). Il faut en effet distinguer soigneusement le *recours* simple du *recours* dit *immédiat* (*Sofortige Beschwerde*). La principale différence consiste dans les délais qui leur sont impartis. [Cfr. C. P. C. all., § 577 (540 anc.)].

(2) Il existe pourtant encore une Beschwerde « contre la lenteur de la justice » (*Über Justizverzögerung*) qu'on pourrait considérer comme étant dirigée contre le juge. De l'avis de la doctrine allemande, ce ne serait pas, à proprement parler, le recours dont nous nous occupons : ce serait plutôt une véritable plainte disciplinaire, administrative, dirigée contre la cour ou le tribunal. Elle n'est, d'ailleurs, pas organisée par le C. P. C. all., mais bien par les lois des Etats confédérés. Cfr. Prusse, §§ 77 et suivants. Loi du 24 avril 1878. — Cfr. également Wilmowsky-Lévy, t. II, p. 799. — Cfr. Constitution de l'Empire de 1871, art. 77.

(3) 530 ancien.

chent très généralement des questions accessoires et ne participant pas au fond du procès.

Quels sont ces cas ?

Le § 567 du Code de procédure civile allemand (1) nous indique d'une façon générale que le recours peut être formé : 1° dans les cas spéciaux mentionnés au présent Code, et 2° « contre les décisions qui ne nécessitent pas un débat oral préalable et pour lesquelles des conclusions relatives à la procédure ont été rejetées. »

Les affaires ne nécessitant pas de débat oral préalable (*Mündliche Verhandlung*), c'est-à-dire n'ayant pas besoin de venir à l'audience, seront, par exemple, les demandes d'assistance judiciaire (2) et celles en taxation de frais (3).

Les cas mentionnés dans le Code, auxquels fait allusion notre §, sont les suivants, que l'on peut ainsi grouper :

1° S'il n'a pas été décidé sur la demande principale (4), la *Beschwerde* a lieu contre la décision portant sur la question des frais ;

2° La *Beschwerde* est autorisée en matière de jugement incident (*Zwischenurtheil*) :

A) S'il s'agit d'une demande en rejet d'une intervention auxiliaire (5) (*Nebenintervention*) ;

(1) C. P. C. all., 530 ancien.

(2) C. P. C. all., § 127 (118 ancien). La demande d'assistance doit être adressée, non à un bureau *ad hoc*, comme dans notre Loi de 1851, mais bien au tribunal lui-même, qui en examine le bien fondé.

(3) C. P. C. all., § 107 nouveau. On pourrait ajouter à ces deux exemples le cas du § 793 (701 anc.), en matière d'exécution forcée.

(4) C. P. C. all., § 105 *in fine*, nouvel alinéa. En ce cas, il s'agit de la *Beschwerde* dite immédiate.

(5) La *Nebenintervention* est ce qu'on serait tenté d'appeler l'inverse d'une demande en garantie : au lieu d'attendre une assignation, le tiers

B) En matière de communication de pièces, l'avoué auquel la communication aura été faite pourra être condamné à la rendre, mais la voie de la *Beschwerde* lui est expressément réservée dans ce cas par le § 135 du Code de procédure civile allemand (1) ;

C) En matière de témoignage, un témoin peut refuser de témoigner, mais le tribunal examinera si ce refus est fondé : la *Beschwerde* est autorisée contre ce jugement (2).

3° En matière de *Beschluss* (sorte d'ordonnance), en règle générale, le *recours* n'est pas admis (3). Par exception, toutefois, il peut avoir lieu lorsqu'il s'agit d'une décision d'une cour d'appel (*Oberlandesgericht*) portant sur une question de frais s'élevant à plus de 100 marks (125 fr.) (4).

En la forme, les différences de l'appel et du recours sont plus nombreuses.

Nous avons vu plus haut que les règles relatives à l'acte d'appel étaient différentes pour la *Beschwerde* (5) ; de même la procédure, dans ce cas, peut ne pas comporter de débat préalable (6), tandis qu'on suit les règles ordinaires en matière d'appel (7).

intervenant assigne, au contraire, toutes les fois qu'il croira devoir réclamer, en tout ou en partie, la chose ou le droit qui font l'objet d'un procès engagé entre d'autres personnes. Cfr. C. P. C. all., liv. 1, tit. II, sect. II, tit. III, §§ 64 (61 ancien) et suivants.

(1) 126 ancien. — La *Beschwerde* est, dans ce cas, dite *immédiate* (*Sofortige*). Cfr. *suprà*.

(2) C. P. C. all., § 387 (352 ancien).

(3) C. P. C. all., § 512 (473 ancien).

(4) C. P. C. all., § 567 *in fine*, nouvel alinéa.

(5) Cfr. *suprà*. — Cfr. également §§ 518, 569 et 571 (479, 532 et 534 anciens).

(6) C. P. C. all., § 573 (536 ancien).

(7) C. P. C. all., § 520 (481 ancien).

En résumé, et très généralement, on peut dire que les règles relatives au recours sont la simplification de l'appel ordinaire dont elles diffèrent, toutefois, assez sensiblement.

D'après cette rapide comparaison, on peut avoir une idée du recours allemand, qui est un mode d'appel plus sommaire, plus rapide, et ne pouvant s'appliquer qu'à des matières spéciales ne portant pas généralement sur le fond.

De plus, et ce sera là l'explication de l'insertion de ce titre parmi ceux énumérés dans le § 794, n° 3, C. P. C. all., le législateur a voulu qu'à la différence des jugements ordinaires (1) *allemands* (2) frappés d'appel, la *Beschwerde* n'ait pas le caractère suspensif.

Ce caractère non suspensif est d'ailleurs commun à tous les cas énumérés dans le § 794 (3), au nombre desquels figure notre *recours*, et le recours est précisément si peu suspensif que le législateur a donné au juge du recours le droit d'arrêter, si bon lui semble, l'exécution en vertu de ce recours (4).

Cette dérogation à la règle générale allemande en matière d'exécution des jugements s'explique assez par la nécessité d'une prompte exécution, sans qu'il soit besoin d'insister davantage sur l'opportunité de cette mesure.

(1) C. P. C. all., § 704 (644 ancien).

(2) Voir en ce qui concerne la règle contraire en droit français, *suprà*. Sic : M. Glasson, *loc. cit.* (Traduction du C. P. C. all.), *sub* § 644 ancien.

(3) 702 ancien.

(4) C. P. C. all., § 572 (555 ancien) *in fine*.

§ 794, n° 4.

Le § 794, n° 4 (1), du Code de procédure civile allemand continue en ces termes : « [L'exécution forcée aura encore « lieu...] 4° en vertu d'*ordonnances d'exécution*. »

Pour la seconde fois nous sommes forcés de traduire une idée juridique nouvelle par un mot nouveau. Le *Vollstreckungsbefehl* ou ordonnance d'exécution est en effet tout aussi inconnu au droit français que la *Beschwerde* que nous venons d'étudier.

L'*ordonnance d'exécution* ne se donne que dans le seul cas de procédure par voie de sommation (2) (*Mahnverfahren*). Il nous faut donc étudier d'abord cette procédure également toute germanique pour comprendre pourquoi son exécution est rangée parmi les cas particuliers d'exécution de l'art. 702.

L'idée excellente, selon nous, sur laquelle repose la procédure par voie de sommation est la suivante : Il existe un grand nombre de demandes en justice qui, en réalité, ne sont pas litigieuses, ou dont la discussion tout au moins ne serait pas sérieuse. Ce seront, par exemple, tous les cas où l'existence de la dette n'étant pas douteuse, ou étant même reconnue par le débiteur, il est nécessaire néanmoins pour le créancier d'obtenir un titre exécutoire, parce que le débiteur ne peut ou ne veut payer, et que la saisie est indispensable.

(1) § 702 ancien.

(2) *Sic* : Wilmowsky-Lévy, t. II, *sub* art. 702, § 4, note n° 5.

Sera-t-il nécessaire, dans ce cas, d'une instance aussi compliquée que pour un procès contenant un véritable litige? D'un autre côté la plupart des législations ont reconnu avec raison la nécessité d'examiner les titres, surtout privés, avant d'en autoriser l'exécution forcée; comment concilier ces deux exigences? Que les formalités de l'instance soient simplifiées, que l'examen devienne plus superficiel, ce seront autant de garanties enlevées au débiteur. Par contre, rester dans le *statu quo*, c'est mettre en branle tout le lourd appareil de la justice pour une question qui n'en vaut pas la peine.

Le système du *Mahnverfahren* a su éviter ces deux écueils de la façon la plus habile et par un moyen bien simple : il met en jeu l'intérêt même du débiteur et le laisse libre de faire opposition au *Mahnverfahren* jusqu'au moment d'être exécuté (1). Il est bien évident que, s'il a la moindre défense à présenter, il fera opposition; mais, s'il s'agit d'une condamnation certaine à payer, il préférera laisser le *Mahnverfahren* suivre son cours plutôt que de

(1) Nous verrons en effet (Cfr. *infra*) que le débiteur a, à tout moment, la faculté d'interrompre cette procédure. Même quand elle est terminée, le titre exécutoire qui en résulte n'a d'autre valeur que celle d'un jugement par défaut auquel il suffit de faire opposition.

D'ailleurs l'ordonnance d'exécution résultant de la procédure par voie de sommation se prescrit par six mois (§ 700, 640 anc.) tout comme nos jugements par défaut français.

Notons toutefois qu'une disposition spéciale était nécessaire en cette matière, car, en règle générale, les jugements par défaut allemands ne se prescrivent pas par six mois comme les jugements similaires français (C. P. C. français, art. 156), décision nouvelle d'ailleurs en Allemagne, car les anciens codes allemands admettaient comme en France la prescription de six mois. (Cfr. *Code général civil prussien*, 1, 24, § 3; — C. P. C. bad., art. 851; — C. P. C. hanovr., art. 536).

provoquer des frais qui en définitive s'ajouteraient à sa dette principale.

Ces préliminaires établis, voyons quel est le mécanisme de la procédure par voie de sommation.

Cette procédure paraît provenir du *mandatum cum clausula* du droit germano-romain (1), dont elle diffère cependant actuellement ~~en~~ plus d'un point.

Quoi qu'il en soit, nous trouvons cette procédure développée dans plusieurs législations allemandes quasi-contemporaines, mais avec des caractères assez différents sur lesquels il est inutile, pensons-nous, de s'étendre davantage (2).

Aujourd'hui cette procédure par voie de sommation est soumise à des règles plus fixes et plus nettes que nous allons examiner.

La procédure par voie de sommation peut être suivie, quel que soit le montant de la demande, à la seule condition que cette dernière ait pour objet le paiement d'une somme d'argent ou la prestation d'une quantité déterminée de choses fongibles ou de valeurs (3).

Par contre il n'y aura pas lieu à cette procédure, si la dette est subordonnée à une prestation de la part du demandeur, lorsque cette prestation n'a pas été effectuée, ou bien encore si le commandement de payer doit être signifié à l'étranger, ou par la voie d'une notification publique (4).

(1) Sic : Seuffert, *Mahnverfahren*, p. 794 ; — Wilmowsky-Lévy, t. II.

(2) Cfr. Gaupp, *Die Zwangsvollstreckung*, p. 3 et suiv. ; — Loi hanovr., 17 juill. 1852, art. 10 ; — Loi pruss., 21 juill. 1846, art. 28 ; — Loi 21 juill. 1849, art. 4 ; — Loi 24 juill. 1867, art. 4.

(3) C. P. C. all., art. 628.

(4) C. P. C. all., art. 628 *in fine*.

Sauf cette exception, la demande de commandement de payer, but de la procédure par voie de sommation que nous étudions, est admise dans tous les cas, à la condition qu'elle contienne les noms, profession et domicile des parties, la désignation du tribunal, l'indication précise du montant de la réclamation et la demande en délivrance d'un commandement (1).

La demande qui aurait été rejetée faute d'une de ces indications, ou bien encore parce qu'elle n'aurait pas paru fondée, ne pourrait être attaquée (2) par les voies de recours dont nous avons déjà parlé (3).

Le seul tribunal compétent en matière de procédure par voie de sommation est le tribunal cantonal (4). (Amtsgericht) et ce sera « celui devant lequel la demande « aurait pu être portée dans la procédure ordinaire, à raison du statut de juridiction générale du défendeur ou de « la situation de l'objet, si la compétence matérielle en « premier ressort des tribunaux cantonaux n'avait pas « été limitée (5). »

Sur cette demande portée avec les indications voulues le tribunal compétent autorisera alors la délivrance d'un *commandement de payer*, à moins que le débiteur n'ait déclaré faire opposition à la demande.

Cette opposition est recevable tant que le demandeur

(1) C. P. C. all., § 690 (630 anc.).

(2) C. P. C. all., § 691 (631 anc.).

(3) Cfr. *suprà*.

(4) Les conséquences de cette compétence sont aussi nombreuses que pratiques : le tarif de ce tribunal est moins élevé que celui des tribunaux supérieurs ; ce tribunal est généralement placé non loin des parties ; enfin le ministère des avoués n'est pas nécessaire. Sur ce dernier point, cfr. Wilmowsky-Lévy, t. II, p. 904.

(5) C. P. C. all., § 689 (629 anc.).

n'a pas obtenu de commandement de payer, sinon elle serait non avenue *ipso facto*, sans même qu'il soit besoin d'un jugement ou d'une ordonnance de rejet (1).

L'opposition n'a pas besoin d'être motivée ; si elle l'était, point ne serait même besoin d'en inscrire les motifs sur le registre des oppositions à commandement de payer tenu spécialement par le greffier.

Si l'opposition est admise, la procédure par voie de sommation est définitivement interrompue et les débats s'engagent comme il suit : quand la demande est précisément de la compétence du tribunal cantonal, l'assignation sera considérée comme lancée devant le tribunal cantonal déjà saisi, et ce, à partir de la signification du commandement (2). Quand la demande est de la compétence des tribunaux régionaux de première instance (*Landgericht*), elle doit être introduite dans les formes ordinaires (3).

Si, au contraire, l'opposition n'est pas admise, l'ordonnance d'exécution à laquelle il n'aura pas été satisfait se transforme à l'échéance du délai fixé dans le commandement (4) en une ordonnance d'exécution (5) qui exceptionnellement n'a pas de formule, mais a force exécutoire (6).

Cette ordonnance d'exécution équivaldra à un jugement définitif par défaut déclaré exécutoire par provision (7).

Comme un jugement par défaut ordinaire, elle sera sus-

(1) C. P. C. all., § 694 *in fine* (634 anc.).

(2) C. P. C. all., § 696 (636 anc.).

(3) C. P. C. all., § 697 (637 anc.).

(4) Ce délai est fixé à une semaine d'après le § 692, C. P. C. all. (632 anc.).

(5) C. P. C. all., § 699 (639 anc.).

(6) *Sic* : § 796. Sauf dans le cas où l'ordonnance doit être exécutée contre des successeurs juridiques du débiteur et non contre lui-même.

(7) C. P. C. all., § 700 (640 anc.).

ceptible d'opposition (1), mais, à la différence des jugements par défaut ordinaires allemands et à la ressemblance des jugements français, cette ordonnance s'éteindra par un non usage de six mois (2).

Nous croyons donc que le droit des débiteurs est largement sauvegardé, puisque, en définitive, soit cette procédure elle-même, soit les effets de cette procédure peuvent être annulés :

1° Par l'opposition même non motivée du débiteur à la demande préparatoire.

2° Par l'opposition, jusqu'au moment de l'exécution, à l'ordonnance exécutoire assimilée à un jugement par défaut.

3° Par le non usage de cette ordonnance au bout de six mois.

Cette procédure est tout à fait originale, suivant nous, et inconnue de la procédure française : on pourrait à peine la comparer — et encore, par analogie — avec notre procédure dite sommaire.

L'idée qui a présidé en France et en Allemagne à ces deux dérogations aux règles générales est peut-être la même : supprimer la procédure ordinaire et la remplacer par des formes très rapides (3), mais là s'arrête leur ressemblance, et pour le reste les différences sont si profondes que la comparaison est à peine possible.

Nous savons quelles sont les différences entre la procé-

(1) *Ibid.*, *in fine*.

(2) C. P. C. all., § 697 (637 anc.). Cfr. *suprà*.

(3) *Sic*: C. P. C. all. traduit par MM. Glasson, Lederlin et Dareste, p. 215 et la note.

ture en matière sommaire et celle en matière ordinaire en droit français.

Toutes deux s'introduisent par un ajournement précédé également de la tentative de conciliation, du moins en règle générale (1) ; elles sont soumises toutes deux au délai de huitaine (2), sauf en cas de permission d'assigner à bref délai. Toutes deux doivent être introduites et suivies par un avoué (3).

Nous ne trouvons de différence que dans deux cas dont on peut de suite apprécier le peu d'importance (4) : Il n'y a pas, en matière ordinaire, d'écritures de défense et de réponse (5) et, en second lieu, le tarif n'accorde aux avoués qu'un simple droit de jugement en matière sommaire, et non un droit d'honoraire comme en matière ordinaire (6).

Nous croyons donc que cette dernière procédure n'est sommaire que de nom, sans même examiner si elle n'est pas au fond, et pratiquement, quasi-identique à la procé-

(1) Sauf en cas de disposition formelle de la loi. Cfr. art. 49, 404 C. P. C.

(2) C. P. C. fr., art. 72.

(3) Contrairement à l'ordonnance de 1667 qui permettait aux parties de se passer du ministère du procureur. Cfr. également la disposition allemande et *suprà*.

(4) Cfr. C. P. C., art. 75 et 76.

(5) Ce n'est même pas à proprement parler une différence, puisque les avoués ont la faculté, et non l'obligation, de signifier leurs écritures en matière ordinaire. (Cfr. Boitard, Colmet d'Aage et M. Glasson, *Proc. civ.*, t. 1, nos 201 et 202).

(6) Cette différence est encore bien illusoire, car, dans une affaire sommaire, le juge passera en taxe des conclusions grossoyées en rapport avec l'importance de l'affaire, de sorte que les frais seront, en définitive, à peu près les mêmes pour le client, quelle que soit la procédure suivie.

dure ordinaire; sans autre différence appréciable qu'une question de tarif pour l'avoué constitué (1).

Il en résulte donc pratiquement que la procédure dite sommaire n'est pas une procédure abrégée, mais suppose au contraire un véritable procès, avec assignation, conclusions, débats portés devant le tribunal et les frais ordinaires de la levée d'un jugement suivi de ses significations, commandement, etc.

Il s'en suit qu'au point de vue de la célérité, la procédure par voie de sommation a l'avantage sur notre procédure sommaire, puisqu'un simple délai d'une semaine suffit en somme à transformer un commandement de payer, que nous appellerions une sorte de sommation, en un titre exécutoire.

Au point de vue des frais eux-mêmes, cette procédure est encore préférable à la nôtre, puisqu'il n'y a guère à payer qu'un simple droit d'inscription sur le registre *ad hoc* du greffier du tribunal cantonal et que le ministère des avoués n'est pas indispensable (2).

C'est donc là, bien certainement, un mode d'obtention de titre exécutoire qu'il paraît souhaitable de voir introduire dans notre procédure (3).

(1) *Sic* : Boitard, Colmet d'Aage et M. Glasson, *ibid.*, t. 1, n° 597, et art. 67 du tarif.

(2) *Cfr. supra.*

(3) On a reproché, même en Allemagne, croyons-nous, que les facilités laissées au débiteur pour arrêter ou interrompre cette procédure soient trop nombreuses et trop faciles : il est constant en fait que le débiteur use très souvent de ses facultés d'opposition, ne fût-ce que pour obtenir de la sorte un délai et retarder l'exécution. Nous croyons cette critique fondée, et il serait, pensons-nous, facile d'y remédier législativement par une restriction apportée au droit du défendeur.

§ 794, n° 5.

Le n° 5 du § 794 du Code de procédure civile all. (1) continue en ces termes :

« L'exécution forcée aura lieu...

« 5° En vertu d'un acte reçu avec les formalités légales
« par un Tribunal allemand ou par un notaire allemand
« dans les limites de sa compétence, pourvu que l'acte ait
« pour objet un droit relatif au paiement d'une somme
« d'argent déterminée ou la prestation d'une quantité dé-
« terminée d'autres choses fongibles ou de valeurs, et que
« le débiteur se soit soumis dans l'acte à l'exécution for-
« cée immédiate (*Unterwerfungsklausel*).

« Au droit ayant pour objet le paiement d'une somme
« d'argent, il faut joindre celui résultant d'une hypothè-
« que, d'une dette foncière et d'une dette résultant d'une
« dette de rente (2). »

La disposition de cet alinéa répond aux idées françaises sur la matière : nous serons donc brefs et nous relèverons seulement une particularité inconnue à notre droit : l'art. 794 C. P. C. all. (3) reconnaît la compétence de certains tribunaux en matière notariale, en d'autres termes, assimile ces tribunaux à un notaire.

Notons tout d'abord que cette disposition générale de la loi d'Empire est complétée et limitée par les lois particu-

(1) Ancien § 702.

(2) Ce dernier alinéa a été ajouté dans l'édition refondue.

(3) Art. 702 ancien.

lières des Etats confédérés, de sorte que cette règle subit quelques variations avec la législation locale.

Cette réserve étant faite, pourquoi le Tribunal est-il compétent tout comme un notaire pour recevoir des actes? Nous savons que le notaire allemand a un tout autre caractère que le notaire français : il ne s'est pas transformé comme lui, ainsi que nous l'avons montré, en fonctionnaire spécial, en émanation directe du pouvoir souverain (1); il est resté, tout comme notre ancien tabelion, en rapports étroits avec l'administration de la justice proprement dite.

Sans vouloir rappeler l'esquisse historique que nous avons tentée du notaire à propos de son pouvoir d'apposer la formule exécutoire et de son origine de *juge* enregistreur de conventions, le *Judex cartularius* du moyen âge, à côté du véritable *juge* au contentieux (2), le notaire allemand est encore ce qu'était notre ancien notaire, le juge des causes qui ne sont pas litigieuses. Le caractère de juge attribué ou plutôt laissé au notaire allemand est plus qu'une ressemblance : en Prusse, les conditions de capacité exigées pour être juge ou pour être notaire sont identiques : nul ne peut remplir une charge de notaire, s'il n'est apte à remplir celle de juge (3). En Bavière, le notaire est inamovible comme le juge : comme lui, il ne peut être déplacé que de son consentement, et sa charge ne peut lui être enlevée qu'après décision du tribunal spécial de discipline (*Erengericht*) auquel il est soumis (4). Ces dispositions ont été

(1) Cfr. *suprà*.

(2) Cfr. *suprà*.

(3) *Sic* : loi prussienne sur le notariat du 15 juillet 1896, art. 1^{er}.

(4) Cfr. Franz Krapf, *De la situation juridique du notaire d'après le*

adoptées par tous les Etats allemands, sauf peut-être Hambourg, l'Alsace-Lorraine et le Wurtemberg (1).

Le notaire allemand est donc très généralement (2) non un officier ministériel, mais une sorte de fonctionnaire de l'ordre judiciaire, et presque toutes les lois locales lui ont conservé ce caractère (3). On pourrait trouver dans ce fait la liaison intime, l'espèce de confusion qu'aurait faite le législateur en habilitant le tribunal en matière notariale.

Ces considérations ne sont pas les seules, pour expliquer historiquement cette dualité, cette sorte de concurrence : il y a trois autres causes qui tiennent davantage à l'histoire particulière du droit en Allemagne.

Après la chute de l'ancien empire germanique, chaque Etat particulier, jaloux de son indépendance et de sa souveraineté, fit tous ses efforts pour abolir jusqu'au souvenir de l'ancienne souveraineté impériale. En second lieu l'institution des anciens notaires impériaux, érigée en 1512 par l'empereur Maximilien, ne fut pas plus épargnée que les

droit constitutionnel bavarois (Die rechtliche Stellung der Notare nach bayerischem Staatsrecht, p. 17, thèse, Lindau, 1894).

(1) Sie : Dr Kockerols, *Die Notariats Einrichtungen in Deutschland und Oesterreich* (Leipzig, 1897), p. 27 et suiv.

(2) Sauf Hambourg, p. ex.; loi du 25 juillet 1879 et ordonnance du 29 janvier 1883.

(3) Pour les pays allemands de droit français, les lois françaises concernant le notariat et applicables à ces pays du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) et l'arrêté du 12 nivôse an XII ont été abrogés pour les provinces rhénanes par l'ordonnance sur le notariat et sur le tarif du 25 avril 1822. — Cfr. Hesse rhénane, loi du 28 août 1827. — Cfr. Bavière rhénane, loi du 9 avril 1822.

En Alsace-Lorraine, il n'y a plus guère en vigueur que l'ordonnance du 4 janvier 1843, relative aux chambres et à la discipline des notaires; les lois réformatrices sont celles des 10 juin 1872 (abolissant l'achat des charges), 26 déc. 1873, 26 mars 1882, 14 juin 1888 et enfin la loi sur le Grundbuch de 1892.

autres, moins peut-être, car, pendant près de trois siècles, le peuple avait pu apprécier et hair cette institution coûteuse et sans profit pour lui. Enfin et surtout, l'institution encore ignorée chez nous du Grundbuch, dont le fonctionnement est confié au tribunal, forme l'élément le plus puissant d'intromission de ce dernier dans la matière la plus importante, la plus spéciale et jusque-là traditionnellement réservée aux notaires, en matière d'hypothèques. Ces trois raisons expliquent à la suite de quelles conceptions et de quelles réactions sur les vingt-cinq Etats confédérés, il en existe sept, dont deux considérables, qui ont rejeté complètement l'institution des notaires (1), tandis que beaucoup d'autres, en fait, en sont également presque dépourvus.

Les besoins restant les mêmes, à leur place, le législateur, dans la plupart de ces pays, s'il reconnaît leur existence, partage du moins leurs attributions avec le tribunal (2) (généralement cantonal).

Le tribunal a donc la compétence d'un notaire d'abord souvent en concurrence avec ce dernier : c'est ainsi qu'en Wurtemberg, par exemple, les notaires et les tribunaux ont les mêmes attributions (3).

Il existe en outre une seconde catégorie de pays dans lesquels l'institution du notariat est complètement abrogée et qui ne possèdent pour les remplacer que les tribu-

(1) Ce sont les Etats de Schwartzbourg-Rudolstadt, les deux Lippe, Weimar, le grand-duché de Hesse (rive droite du Rhin), Oldenbourg et Waldeck.

(2) La loi d'Empire, toute récente, sur la juridiction gracieuse, ne fixe la compétence des juges cantonaux et des notaires qu'en matière de légalisation (certification de signature). (Loi du 14 mai 1898, art. 167).

(3) Cfr. Gaupp, *loc. cit.*, p. 201.

naux dont nous venons de parler. Dans ce cas, le § 794, n° 5 (1), que nous étudions était de toute nécessité pour habilitier ces tribunaux.

Il y a enfin une troisième raison d'être de la disposition qui nous occupe. Le droit pour le notaire de conserver les archives de son prédécesseur, et souvent même les siennes propres, ne lui est accordé qu'exceptionnellement en Bavière, à Hambourg, Altenbourg, Anhalt, et les pays de droit français. Au contraire, pour tous les autres pays (2), lorsque les actes ont acquis une certaine date, ordinairement trente ans (3), ou bien encore après le décès du notaire rédacteur (4), ces archives sont déposées soit au tribunal, soit aux archives d'Etat. Elles ne sont en aucun cas conservées chez le notaire comme en France, où elles ne sont pas, somme toute, soumises à des garanties sérieuses de conservation, et où elles sont la proie facile de l'incurie d'un clerc ou d'un accident fortuit de destruction, incendie ou autre (5).

Il est assez intéressant de noter d'ailleurs que notre droit a consacré cet usage pendant la période de

(1) § 702 ancien.

(2) Dr Kockerols, *loc. cit.*, p. 23.

(3) Cfr. Loi du notariat de la Hesse rhénane du 11 juin 1879, art. 32. — Exceptionnellement, dans le grand-duché de Bade, tous les actes doivent être déposés au tribunal cantonal dans un délai de quatre semaines. (Loi sur le notariat, art. 48).

(4) Cfr. Dr Kockerols, *loc. cit.*, *ibid.* — A Brême, les héritiers du notaire défunt ont le choix de confier les minutes, soit à un autre notaire, soit au tribunal cantonal.

(5) Le Dr Kockerols (*loc. cit.*, p. 24) fait remarquer avec beaucoup de raison qu'il est fort difficile pour un particulier de conserver des archives remontant, par exemple, en ce qui concerne la province rhénane (et comme en France), à l'an 1806 et comprenant en moyenne 2,000 à 2,500 actes par an.

conquête de Napoléon dans les provinces italiennes alors annexées et où cet usage était constant. C'est ainsi qu'un décret du 5 septembre 1810 (*Bull.* 313, n° 5948) autorise les notaires dans les départements français de Florence et de Sienne à continuer, comme par le passé, à déposer les minutes de leurs prédécesseurs aux archives de la ville.

De cette nécessité de déposer les minutes au tribunal découle le *dessaisissement complet* du notaire, en ce sens que, si les parties intéressées à l'acte réclament une expédition ou une copie, le notaire n'aura plus qualité pour la leur délivrer, mais bien l'administration qui en est depositaire (1).

Ce tribunal est ordinairement le tribunal cantonal (2), excepté toutefois à Lubeck où ce soin est confié au tribunal de première instance.

Nous en avons terminé avec l'étude du tribunal compétent en matière notariale : nous avons vu à la suite de quelle phase historique il avait été institué ainsi que son rôle actuel dans la législation contemporaine allemande, soit qu'il entre en véritable concurrence avec le notaire allemand, soit qu'il le remplace là où ce dernier est inconnu et en matière de délivrance d'expéditions quand le notaire est dessaisi des minutes. On peut peut-être en conclure que le notaire, tel que nous le concevons en France, disparaîtra sous peu en Allemagne, ou plutôt qu'il se transformera, deviendra ce qu'il aurait dû toujours être, un « garde-notes » et un rédacteur d'actes. Du reste,

(1) Cette délivrance, dans la Hesse rhénane, a lieu gratuitement pour les parties, et les frais en sont supportés par l'Etat, si l'acte a plus de trente ans. (Loi 11 juin 1879, art. 72).

(2) *Sic* : Kockerols, *loc. cit.*, p. 23.

il est un fait qu'on ne peut passer sans remarque : beaucoup de notaires allemands sont en même temps avoués. Ce fait (en dehors du progrès réalisé de l'unité du conseil juridique) n'indique-t-il pas suffisamment la tendance à un état nouveau ?

Nº 3

Titres exécutoires résultant de lois d'empire autres que ceux énumérés à l'art. 794 (702 ancien).

En dehors des cas énumérés dans le § 794 (702 ancien) que nous venons d'étudier, il existe d'autres titres d'exécution forcée résultant de lois d'empire (1).

Ce sont :

1º L'insertion de la créance sur le tableau [des créances] par le Tribunal de la faillite, pourvu que le failli n'ait pas contesté la susdite créance (Code des faillites, § 144, 164², 206).

2º Le concordat homologué par une décision en force de chose jugée est exécutoire au profit des créanciers de la faillite, pourvu que leurs créances aient été admises et n'aient pas été contestées (Code des faillites, § 194 (179 ancien)).

(1) En ce qui concerne cette énumération, cfr. Wilmowsky-Lévy et Seuffert, *sub* § 702 ancien, et Krech et Fischer, *Die preuss Gesetzgebung betreff die Zwangsvollstr. in das unbewegliche Vermogen*, 3^e édit., Berlin, 1894, p. 55 et suiv.

3° Les dispositions des tribunaux de répression, en ce qui concerne les amendes et les frais ou en matière d'abandon de caution (C. Instr. cr. all., §§ 122, 123, 353, 483, 495 et 496, n° 2).

4° Les jugements des tribunaux disciplinaires (Ehren-gericht) des chambres des avoués en matière d'amende et de frais, pourvu qu'ils soient revêtus d'une déclaration d'exécutabilité du secrétaire de la chambre (Ordonnance pour les avoués, §§ 58, 63, 94 et 97).

5° Les décisions en vertu de la loi sur les syndicats (Genossenschaften) du 1^{er} mai 1889, en matière de paiements, avances ou solde de compte (§§ 60, 99, 102, 106 à 108, 123. — Ces paragraphes sont devenus, dans la refonte du 20 mai 1898, les §§ 62, 106, 113 à 115, 129).

(Il existe une procédure réglant l'exécutabilité de ces décisions exposée dans le § 99. — Pour les voies de recours, cfr. § 104).

6° Les sentences des tribunaux de prud'hommes (Gewerbegericht) et les transactions faites devant ces tribunaux (1). (Loi d'Empire du 29 juillet 1890, §§ 56, 59, 75).

7° L'ordonnance d'adjudication en matière immobilière. (Cfr. Loi d'Empire du 24 mars 1897 sur la vente et adm. forcée en matière immobilière, § 132).

On pourrait peut-être également citer les décisions des tribunaux régionaux maritimes (loi du 27 décembre 1872) et l'accord international concernant les transports par chemin de fer (accord du 14 octobre 1890).

Au contraire, nous ne comprendrons pas l'Arrestbefehl (2)

(1) Cfr. la loi prussienne du 11 juillet 1891 concernant les tribunaux royaux de prud'hommes dans la province rhénane (§§ 1 et 10).

(2) Cfr. *infra*, 3^e partie.

qui n'est pas une exécution, mais un *moyen* de parvenir plus tard à cette exécution : c'est un moyen conservatoire et non un moyen d'exécution.

De cette énumération, il n'y a guère que le cas de faillite qui ait besoin de quelques éclaircissements : les autres, au contraire, résultent de lois spéciales qui n'ont guère d'autre intérêt au point de vue de l'exécution que d'être lois d'Empire et par conséquent exécutoires dans tous les Etats confédérés.

EXÉCUTION EN MATIÈRE DE FAILLITE

Le Code des faillites contient deux dispositions relatives à l'exécution forcée, complétées par le § 164 du Code des faillites (1) et qui constituent une dérogation aux règles habituelles sur la matière : nous verrons, au cours de cette étude, quelles questions cette exception peut faire naître au point de vue du droit international et l'importance que l'on pourrait tirer des motifs qui la justifient (2).

Ces deux dispositions résultent des §§ 164 et 194 du Code des faillites (3). La première est relative à l'exécution forcée contre le failli par un créancier en cas de non concordat, la seconde en cas de concordat.

Pour ce dernier, le § 194 dispose que le concordat homologué par une décision, qui a acquis l'autorité de la chose jugée, sera exécutoire par la voie de l'exécution forcée « en faveur des créanciers de la faillite dont les créances ont été admises et n'ont pas été formellement contestées par le failli lors de la vérification. Cette exécution pourra avoir lieu contre le failli et contre les personnes qui, aux termes du concordat, se sont engagées à l'exécution de ces conditions conjointement avec le failli et sous réserve du bénéfice de discussion. »

Le § 164 qui, nous le répétons, vise le cas de non con-

(1) 152 ancien.

(2) Cfr. *infra*, Appendice.

(3) Code des faillites, Konkursordnung du 10 février 1877 (§§ 152 et 179 anciens).

cordat, porte qu'après la clôture de la procédure de faillite, les créanciers qui n'ont pas été payés pourront faire valoir sans restrictions leurs créances contre le débiteur.

Le § ajoute : « Pour les créanciers dont les créances ont « été admises et n'ont pas été expressément contestées « par le failli lors de la vérification, l'exécution forcée « contre le débiteur aura lieu en leur faveur en outre de « leur inscription sur le *tableau* (1), conformément aux « §§ 724 à 793 du Code de procédure civile allemand (2). »

C'est là un second chef, nouveau pour nous, d'exécution résultant de lois d'Empire, mais qui ne fait que consacrer la règle générale d'exécution en matière de faillite, telle qu'elle est exposée dans le § 145 (3) du Code des faillites (4).

Le § 164 est ainsi conçu :

« Le tribunal fera inscrire sur le *tableau* le résultat de « la discussion relative à chacune des créances... Vis-à- « vis de tous les créanciers de la faillite, l'inscription sur « le tableau équivaldra, en ce qui concerne les créances « admises, à un *jugement passé en force de chose jugée*, « tant pour le montant des créances que pour le droit de « préférence qui s'y rattache. »

L'inscription régulière au tableau produit donc *ipso facto* un effet exécutoire.

La cause de cette dérogation est identique à son effet : procédure abrégée, rendue moins compliquée, moins lon-

(1) Ce tableau est tenu en vertu des prescriptions du § 128 (même code) et doit contenir inscrite par le greffier, chaque créance dans l'ordre des droits de préférence réclamés.

(2) §§ 661 à 711 anciens.

(3) § 133 ancien.

(4) Cfr. également §§ 144, 146, 206, n° 2.

gue et moins coûteuse : au lieu d'obliger chaque créancier à un débat judiciaire pour établir juridiquement ses droits vis-à-vis de ses co créanciers (art. 133) ou pour obtenir un titre exécutoire contre un débiteur failli (art. 152), le législateur lui donne, par une assimilation aussi heureuse que pratique, un titre exécutoire du moment que sa créance est incontestée par le débiteur. Hâtons-nous d'ajouter que notre Code de procédure civile renfermait déjà une disposition semblable en la matière (presque analogue) (1) de bordereau de collocation dans un ordre et en matière de distribution par contribution.

On ne peut qu'applaudir à la réforme du législateur, car là encore et par une combinaison semblable à celle que nous avons déjà étudiée (2), c'est-à-dire par l'intérêt du débiteur lui-même mis en jeu, il donne au créancier un titre exécutoire reposant sur une base sûre, sur une créance vérifiée, mais toutefois sans procédure longue, sans jugement, sans que, point capital, les intérêts et les garanties dues au débiteur soient en quoi que ce soit lésés.

(1) Cfr. *suprà*.

(2) Cfr. *suprà*, procédure du *Mahnverfahren*.

N° 4

Titres exécutoires résultant de lois particulières des États confédérés C. P. C. all., § 801 (706 ancien).

Ces lois n'ont guère qu'un caractère — et, pour nous, qu'un intérêt — purement relatif. Nous ne nous astreindrons pas à donner une liste de ces lois dans tous les États particuliers allemands; nous nous contenterons, et à titre d'exemple, de noter les plus importantes dans deux pays de culture juridique remarquable, en Prusse et en Wurtemberg, par exemple.

En Prusse, les principales sources de ce mode d'exécution sont :

1° Les transactions conclues devant l'autorité de police conformément au § 59 de la loi du 1^{er} novembre 1847 de l'ordonnance sur la police rurale et du § 12 de la loi concernant l'application du C. P. C. all. (*Ausführungsgesetz*);

2° Les transactions conclues devant l'arbitre communal (1) (*Schiedsmann*) sont assimilées, quant à leurs effets

(1) Cfr. *suprà*, notre étude sur l'institution du *Schiedsmann* en Prusse.

d'exécution forcée, aux actes reçus par devant notaire. Les formes de cette transaction sont des plus simples (1) et il est à remarquer, sans doute pour conserver au Schiedsmann son caractère tout à fait pratique, que le procès-verbal de transaction peut être fait dans la langue des parties, et, si l'une d'elles est allemande, à la fois en allemand et dans cette langue (2);

3° Les poursuites intentées par les instituts de crédit ruraux (Landschaften), en matière d'exécution purement mobilière contre leurs membres débiteurs (ordre de Cabinet, 4 janvier 1811);

4° Les condamnations prononcées en vertu de la loi sur le dommage causé par le gibier, du 11 juillet 1891 (art. 1, 12, etc.) ;

5° Les ordonnances d'experts dispacheurs, chargés de faire la ventilation en cas de grosses avaries au navire (§ 29 de la loi d'application du C. P. C. all. *Ausführungsgesetz*) ;

6° Les décisions des tribunaux de navigation du Rhin

(1) Loi du 29 mars 1879 (Schiedsmann-ordnung), §§ 26, 27, 28, 32 et 47.

(2) *Ibid.*, art. 25. — Cfr. *contra* : Loi sur l'organisation judiciaire du 27 janvier 1877, art. 186, qui dit formellement que la langue judiciaire est la langue allemande. De même en Prusse, le notaire qui dresse un acte quand une des parties ne connaît pas l'allemand, doit rédiger cet acte en allemand et en cette langue avec l'aide d'un interprète (Loi du 11 juillet 1845, §§ 24 et 30). — Toutefois, la loi d'Empire du 17 mai 1898 sur la juridiction gracieuse (§ 9) autorise le juge à ne pas faire appeler un interprète quand il connaît lui-même la langue dans laquelle les parties s'expriment.

La loi hanovrienne (18 sept. 1853, art. 43), ne permet que l'allemand. La loi autrichienne sur le notariat (25 juillet 1871, art. 43) est plus tolérante : l'acte doit être rédigé dans la langue du lieu où exerce le notaire ; en cas de pluralité de langues, dans celle qui est indiquée par les parties.

et de l'Elbe (Loi du 8 mars 1879, § 12, et loi du 9 mars 1879, § 9).

Dans le Wurtemberg, l'exécution forcée aura lieu également en matière d'hypothèque (art. 191 de la loi), si le débiteur, capable d'ailleurs de contracter, a reconnu expressément la dette et a convenu de son objet, de sa nature et de l'époque de son remboursement (1).

Les autres cas spéciaux d'exécution relèvent presque tous de l'institution des *tribunaux municipaux* particuliers au Wurtemberg (*Gemeindegericht*). Leurs décisions sont exécutoires même par provision (art. 2, loi exécutive Wurtemb.) (2). De même les transactions conclues devant les tribunaux, les saisies-conservatoires et les mesures provisoires ordonnées par eux (3). Enfin, en matière administrative, l'exécution forcée suit en ce pays des règles différentes du C. P. C. all. (4).

Nous en avons fini avec l'énumération des divers titres exécutoires allemands. Leur diversité peut à bon droit nous surprendre, mais l'originalité de cette procédure ne s'arrête pas là, il nous reste à montrer comment elle s'applique, comment, pour ainsi dire, elle est mise en œuvre; en d'autres termes comment l'exécution a lieu en Allemagne.

(1) Cfr. Gaupp sur ce point et sur les difficultés qui en résultent au point de vue de l'autorité compétente, *loc. cit.*, *sub* art. 706 ancien, p. 215.

(2) La grosse doit être délivrée par le président du tribunal (art. 3 et 10 du régl. gén.), et non par le greffier.

(3) Art. 10.

(4) Loi du 18 août 1879, art. 1^{er} et suiv.

APPENDICE

Les titres allemands revêtus de la formule exécutoire sans être pourtant des jugements ou des actes notariés peuvent-ils être déclarés exécutoires en France au moyen d'un jugement d'exequatur?

Nous venons de voir la grande diversité des titres exécutoires allemands et leur division en deux grands groupes : titres exécutoires résultant de lois d'Empire et titres résultant de lois des Etats confédérés.

On peut à notre avis les classer également en deux catégories bien distinctes : titres résultant de jugements proprement dits, auxquels nous assimilerons les actes notariés, et titres résultant de dispositions spéciales assimilées par la loi allemande à des jugements.

En ce qui concerne ces derniers, une grave question de droit international se pose : Peut-on les considérer comme de véritables jugements, et l'exequatur pourrait-il leur être accordé en France ?

Pour nous la solution n'est pas douteuse, et ce serait interpréter le mot jugement d'une façon judaïque que de ne pas y comprendre tous les titres auxquels l'exécution forcée est accordée d'après les règles du pays.

Par analogie d'ailleurs, il est hors de doute, et personne n'a jamais songé à contester que les actes reçus par les officiers publics étrangers sont susceptibles d'exécution en France, à condition toutefois d'avoir été déclarés exécutoires, conformément à la règle générale, par un jugement d'exequatur (1). Il s'en suit donc que le mot jugement n'a pas un sens absolument restreint qu'on doive suivre à la lettre.

D'ailleurs les termes de l'art. 546 C. P. C. sont formels et ne peuvent prêter à la moindre équivoque, puisqu'ils font allusion aux jugements rendus par les tribunaux étrangers et aux actes reçus par les officiers étrangers.

Les actes qui nous occupent entrent-ils dans cette énumération ?

Les actes assimilés à un jugement par la loi étrangère doivent être considérés également comme tels par la loi française, et ce, tout d'abord et surtout en vertu de la règle *locus regit actum*.

(1) Sic : Dalloz, J. G., *Dr. civ.*; n° 464; — Dalloz, C. P. C. annoté, art. 546. — Il est une question fort délicate, celle de savoir — au moins théoriquement — si ces actes seront exécutoires en France en vertu d'un jugement d'exequatur proprement dit, ou en vertu d'un jugement indépendant, dans lequel n'intervient pas la question d'exequatur, mais qui puise ses motifs dans l'existence de cet acte, accepté et non dénié : il nous semble dans ce cas (et en l'absence de traités diplomatiques qui tous visent les jugements et non les actes, ce qui laisse la question intacte) que le jugement à intervenir n'est pas d'exequatur, mais bien un jugement s'appuyant sur l'authenticité de l'acte. Cfr. Boitard, Colmet d'Aage et M. Glasson, *loc. cit.*, II, p. 203.

La loi française reconnaît bien les règles de procédure étrangères, même quand elle a adopté des solutions contraires : elle déclare un jugement caduc quand la loi étrangère le considère comme tel (1) ; elle admet qu'un jugement par défaut étranger peut ne pas se prescrire par six mois comme le jugement par défaut français (2), ou qu'un jugement qu'elle considérerait par défaut, mais qui d'après la loi étrangère, par suite de certains faits, n'est plus susceptible d'opposition, est au contraire contradictoire (3), pourquoi n'accepterait-elle pas l'assimilation faite par les tribunaux allemands en particulier, de certains actes à des jugements ? Pourquoi laisser sans sanction en France des actes émanant d'autorités compétentes, et qui eussent été exécutés s'ils eussent été reçus par « des officiers étrangers ? » — L'art. 546 C. P. C., en déclarant susceptibles d'exécution « les jugements rendus « par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les « officiers étrangers, » n'a-t-il pas cru viser tous les actes exécutoires, sans prendre garde qu'ailleurs qu'en France il pouvait exister d'autres catégories d'actes que ceux connus du Code de procédure civile français ?

Enfin, en fait, le système adverse exposerait aux plus graves inconvénients, puisque certains actes exécutoires allemands pourraient rester lettre morte en France, sans qu'il soit possible de remédier à cet état de choses en cherchant par exemple à obtenir un jugement que le juge

(1) Sic : Chambéry, 12 fév. 1867, D. 71, 2, 121.

(2) C. P. C., art. 156 ; — Bordeaux, 30 novembre 1869.

(3) D. 71, 2, 121, même arrêt que ci-dessus. — En l'espèce il s'agit de décisions anglaises, dites du Banc de la Reine, dans lesquelles le défendeur même défaillant ne peut faire opposition, si l'assignation lui a été remise à *personne*.

allemand refuserait de rendre en vertu de la règle de l'autorité de la chose jugée, ou même encore de la maxime *non bis in idem*. La situation dans ce cas serait inextricable et aboutirait à un véritable déni de justice.

Aussi la jurisprudence qui n'a eu guère que deux fois, croyons-nous, à s'occuper de cette question, a-t-elle toujours partagé notre opinion.

Dans la première espèce il s'agissait d'une hypothèse qui nous est déjà connue (1) : un créancier inscrit sur le « tableau » des créanciers d'un failli et qui avait *ipso facto*, en vertu de cette inscription, un titre exécutoire contre son débiteur (2), pouvait-il obtenir un jugement d'exequatur français en vertu de ce titre ? Le Tribunal civil de la Seine a décidé avec raison que l'expédition du tableau d'admission d'une créance au tableau de la faillite doit, aux termes de la loi allemande du 10 février 1877, être assimilée à la grosse d'un jugement (3).

(1) Cfr. *suprà*.

(2) *Code des faillites*, art. 133.

(3) Tribunal civil de la Seine (1^{re} Ch.). Cfr. *Gazette du Palais*, 26-27 avril 1896.

Il est intéressant, croyons-nous, de noter les considérants de cet arrêt :

« Sur la non recevabilité de la demande d'exequatur : Attendu que Bloch se fonde sur ce que, le procès-verbal d'admission au passif d'une faillite ne constituant pas un titre équivalent à un jugement, l'exequatur ne saurait être demandé en vertu des art. 546 C. pr. civ., 2123 et 2128 C. civ. ;

Mais attendu qu'aux termes de la loi allemande du 10 février 1877 intitulée Code des faillites, à laquelle étaient soumises les deux parties, la compétence pour la procédure des faillites appartient exclusivement au tribunal cantonal à la juridiction duquel le failli est soumis à raison de son statut de juridiction générale (art. 64) ; que les productions sont déposées au greffe de ce tribunal où les parties intéressées peuvent en prendre connaissance et sont inscrites par le greffier sur un tableau qui reste déposé au greffe (art. 128) ; qu'au jour fixé pour la vérification chacune des créances produites est discutée sous le rapport de son

La seconde espèce nous est également connue et, sans les questions annexes qui sont plus délicates et demandaient à être résolues séparément, met en jeu la même question au point de vue de l'exécution forcée : il s'agissait de la transaction (*Vergleich*) dans le sens du § 794, n° 1, C. P. C. all. (702 anc.), portant sur la quasi-reconnaissance d'un enfant naturel en droit saxon (1).

montant ainsi que du droit de préférence qui s'y rattache, et que le failli est tenu de s'expliquer au sujet des créances (art. 129) ; qu'une créance est considérée comme admise si, au jour de la vérification, elle n'a été contestée ni par le syndic, ni par un créancier, ou si la contestation a été écartée (art. 132) ; que le tribunal fait inscrire sur le tableau le résultat de la discussion relative à chacune des créances ; et que vis-à-vis de tous les créanciers de la faillite l'inscription sur le tableau équivaut, « en ce qui concerne les créances admises, à un jugement passé en force de chose jugée » (art. 133) ; qu'après la clôture de la procédure de faillite les créanciers qui n'ont pas été payés peuvent faire valoir sans restrictions leur créance contre le débiteur ; que, pour les créanciers dont les créances ont été admises et n'ont pas été expressément contestées par le failli lors de la vérification, l'exécution forcée contre le débiteur a lieu en leur faveur en vertu de leur inscription sur le tableau (art. 152) ; que cette exécution se fait en vertu d'une expédition délivrée par le greffier et revêtue de la formule exécutoire, laquelle est conçue en ces termes : « L'expédition ci-dessus est délivrée à un tel aux fins d'exécution forcée » (art. 662 et 663 C. pr. civ. allemand) ;

Attendu, par suite, que l'expédition du tableau d'admission revêtue de la formule exécutoire doit être assimilée à la grosse d'un jugement et que le créancier inscrit sur ce tableau est redevable à en demander l'exequatur en France ;

Attendu que la possibilité pour le débiteur d'exercer un recours contre cette décision ne s'opposerait pas à l'exequatur ; qu'en effet, le Code civil et le Code de procédure civile ne faisant aucune distinction entre les jugements étrangers que les tribunaux peuvent déclarer exécutoires, l'exequatur peut être accordé au jugement étranger qui n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, mais sans préjudice des voies de recours dont il était susceptible ;

Par ces motifs : Condamne, etc...

(1) Il y avait dans cette hypothèse une assez délicate question d'état pouvant soulever des questions d'ordre public français : il est en effet

Ici encore le Tribunal civil de la Seine a assimilé cette transaction à un jugement et a accordé l'exequatur (1).

admis que, si un acte reçu par un officier étranger, quoique régulier, contenait quelque disposition contraire à l'ordre public français, le tribunal aurait le droit et le devoir de refuser l'exequatur : ainsi la légitimation d'un enfant adultérin, issu de deux Français, et même par rescrit du prince, ne pourrait être soumis à l'exequatur (Dalloz, C. P. C. annoté, art. 546, n^{os} 135-136). Or, la reconnaissance d'enfant naturel en Saxe n'est-elle pas une recherche déguisée de la paternité? Sur ce point, en général, la jurisprudence paraît décider que cette reconnaissance admise dans notre ancien droit n'est pas contraire à l'ordre public et aux mœurs (D. *ibid.*, n^o 193), et dans notre cas particulier, ainsi que nous le verrons, elle n'a pas résolu la question de savoir si cette quasi-reconnaissance n'avait rien de commun avec la recherche de la paternité. — Cfr. notre article sur ce sujet (Journal *le Droit* du 13 oct. 1898).

(1) Tribunal civil de la Seine, 1^{re} Chambre, audience du 12 mai 1896.

Entre :

1^o M^{lle} L., demeurant à Leipzig ;

2^o M. R., demeurant à Leipzig ;

Agissant au nom et comme tuteur de l'enfant naturel Henri-Charles L. ;

Et

M. B., docteur en médecine, demeurant à Paris ;

Oùï en ses conclusions et plaidoiries Eugène Weber, avocat, assisté de Masse, avoué de la dame L. et de M. R., ès-qualités ;

Attendu que le D^r B. a comparu le 13 mai 1889 devant le Tribunal royal de bailliage de Leipzig, contradictoirement avec la D^{lle} L., mère naturelle de Henri-Charles L., et R., tuteur nommé audit enfant, conformément à la législation du royaume de Saxe ;

Attendu que le D^r B. a reconnu devant le juge qu'il était le père naturel de l'enfant et qu'il a promis de payer pour cet entretien jusqu'à l'âge de 14 ans révolus un subside annuel de 180 marks (225 fr.) payables mensuellement et d'avance ;

Qu'il a promis aussi, dans le cas où cet enfant décéderait avant sa quatorzième année, de faire face aux frais de son enterrement ;

Que le D^r B. a déclaré en outre qu'il se soumettait à l'exécution immédiate de ses obligations par voie de contrainte, conformément au § 702 du Code de procédure allemand... ;

Attendu qu'il est justifié qu'aux termes du § 702 du Code de proc. civ. all., auquel se référerait le D^r B., une transaction faite sous cette forme devant le Tribunal de bailliage produit tous les effets d'un jugement et que l'exécution forcée peut en être poursuivie ;

Que la demoiselle L. est donc fondée à demander qu'elle soit exécu-

Notre conclusion, d'accord avec la jurisprudence, sera que ces actes doivent être pleinement assimilés à des actes exécutoires, et qu'en conséquence ils doivent participer à tous les avantages qui sont attachés à ces derniers.

toire en France, alors qu'il est constant qu'elle ne contient rien de contraire aux lois et à l'ordre public en France ;

Par ces motifs :

Dit que le jugement du Tribunal royal du bailliage de Leipzig, intervenu entre les parties le 13 mai 1889, sera exécutoire en France, selon ses forme et teneur. Condamne, etc...

DEUXIÈME PARTIE

MODES D'EXÉCUTION FORCÉE

(Comment peut-on exécuter?)

TITRE PREMIER

Exécution forcée sur les créances portant sur une somme d'argent.

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales.

**Distinctions du Code de procédure civile allemand.—
Droit de gage du créancier premier saisissant C. P. C.
all. §§ 804 et 1025 (§§ 709 et 751 anciens).**

§ 1^{er}.

Distinctions du Code de procédure civile allemand.

Le Code de procédure civile allemand fait une double distinction : au point de vue de la créance et au point de vue de l'objet de l'exécution. Dans le premier cas, il édicte des règles particulières suivant que la créance porte sur une somme d'argent, ou si la créance

résulte de la non-obtention de la chose promise ou de la non-réalisation de l'obligation de faire ou de ne pas faire. Dans le second cas, au point de vue de l'objet de l'exécution et seulement quand la créance portera sur une somme d'argent, il pose des règles spéciales suivant que l'exécution s'effectuera sur des objets immobiliers ou des objets mobiliers : dans ce dernier cas encore une sous-distinction est faite entre objets mobiliers corporels et objets mobiliers incorporels, y compris les droits de créance.

Il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer que la première distinction n'a pas seulement un intérêt théorique, puisque les règles d'exécution sont différentes suivant les cas, et que la pratique allemande observe les règles ordinaires de droit applicables à la matière avec une grande rigueur.

Par créance portant sur une somme d'argent, il ne faut entendre que les prestations à effectuer en valeur monétaire ayant cours reconnu en Allemagne, soit en espèces métalliques (1), soit en billets (2), ainsi que les espèces étrangères, à condition qu'elles puissent être converties en espèces allemandes (3) (4). La nouvelle rédaction du Code de procédure civile allemand assimile à cette créance les dettes foncières (Grundschuld) et les dettes de rentes (Rentenschuld). Cfr. C. P. C. all., §§ 592, 688 et 794, n° 5 *in fine*.

(1) Loi d'Empire (sur la monnaie) du 9 juillet 1873, § 9.

(2) Loi d'Empire (sur le papier-monnaie), du 30 avril 1874, § 5, 2°.

(3) *Sic*: Gaupp, *loc. cit.*, p. 216; — Seuffert, p. 896; — Wilmowsky-Lévy, II, p. 1021.

(4) Les frais de change seront compris parmi les frais d'exécution, et on appliquera par analogie les dispositions du § 766 C. P. C. all. (686 ancien).

Si l'obligation portait paiement en espèces déterminées (p. ex.: mille louis d'or), la créance serait en ce cas fongible et suivrait, le cas échéant, des règles spéciales que nous allons étudier (1).

La seconde distinction que nous étudierons plus spécialement est non moins importante, surtout au point de vue des modes d'exécution. Par modes d'exécution il faut entendre non seulement les règles qui diffèrent suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, mais aussi les moyens de coercition employés pour donner satisfaction au créancier.

Ces considérations générales seraient incomplètes, si nous ne parlions pas de deux effets de l'exécution forcée, dont l'un est complètement inconnu à notre droit et l'autre totalement en contradiction avec la loi française : nous voulons parler du droit de préférence du créancier premier saisissant et du serment de manifestation (*Offenbarungseid*) ou déclaration par serment du débiteur qu'il a fourni l'énumération exacte de ses biens.

Chacune de ces matières se trouve scindée et traitée dans deux chapitres différents (2). Il nous a paru préférable de les réunir et d'en faire un exposé général qui comprendra les deux dernières divisions de ce chapitre.

(1) *Sic*: Gaupp, *ibid.*

(2) *Sic*: Gaupp, p. 458.

§ 2.

Du droit de préférence du créancier premier saisissant.

L'art. 804 Code de procédure civile allemand (1) est ainsi conçu :

« Le créancier acquiert par la saisie un droit de gage
« sur l'objet saisi.

« Le droit de gage confère au créancier vis-à-vis d'au-
« tres créanciers les mêmes droits que le gage acquis par
« contrat de nantissement ; il prime les droits de gage et
« les privilèges qui en cas de faillite ne sont pas assimilés
« aux droits de gage par nantissement.

« Le droit de gage qui résulte d'une saisie antérieure
« prime celui qui résulte de la saisie subséquente. »

On voit que cette disposition est contraire à notre article 2093 C. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage com-
« mun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre
« eux par contribution à moins qu'il n'y ait entre les créan-
« ciers des causes légitimes de préférence (2) (3). » Le droit prussien était d'ailleurs conforme au système français jusqu'en 1879.

D'après notre système français la contribution est proportionnelle, les créanciers viennent au *sol la livre*, ainsi qu'on disait autrefois ; il n'y a pas de différence entre les créanciers plus ou moins anciens : ils ont tous eu la même

(1) 709 ancien.

(2) Ces causes sont les privilèges et les hypothèques (art. 2093) auxquels quelques auteurs ajoutent le droit de rétention.

(3) La procédure à suivre dans ce cas est celle du C. P. C. fr. (art. 656 à 672).

foi dans leur débiteur, ils seront tous payés au prorata de ce qu'il laisse. « C'est la loi de l'égalité qu'on leur applique, de l'égalité proportionnelle, qui est la vraie égalité (1). »

On a vainement tenté de soutenir que d'après ce système il y avait une inégalité entre les créanciers anciens et les créanciers nouveaux, les premiers ayant traité avec le débiteur quand son patrimoine n'était pas encore grevé des créances de ces derniers. Ils ont contracté, disait-on, quand le débiteur était solvable, il est donc tout naturel et on ne peut leur reprocher qu'ils n'aient pas songé à exiger des garanties, car ils ont nécessairement compté sur le patrimoine de leur débiteur au moment du contrat.

Il est facile de répondre, et péremptoirement, comme dit Laurent (2), que tous les créanciers, anciens et autres, ont le même caractère chirographaire, ce qui implique qu'ils ont bien voulu suivre la foi du débiteur : si ce dernier avait dissipé, aliéné son patrimoine d'une façon quelconque (3), auraient-ils eu un moyen de l'en empêcher et surtout pourraient-ils s'en plaindre ? Le débiteur, au lieu de l'aliéner, l'a obéré par des dettes et des charges nouvelles, libre à lui de l'aliéner ainsi *indirectement* au lieu de le faire *directement*, et ses créanciers ne sont fondés à réclamer pas plus dans ce cas que dans l'autre (4).

En second lieu, l'ancienneté à elle seule n'est pas une cause de préférence. L'art. 2093 consacre un droit de gage

(1) Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 1062, p. 615.

(2) Laurent, *Dr. civ. fr.*, t. XXIX, n° 179, p. 314.

(3) En supposant les actes faits sans fraude de leurs droits (C. c. 1167).

(4) Sic : Laurent, *loc. cit.*; — Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*; — Mourlon, III, n° 1239, p. 565.

général pour les créanciers, mais ce droit est purement *virtuel*, il est latent, il n'existe que quand le créancier s'en sert : le créancier n'acquiert donc aucun droit *actuel* sur les biens du débiteur, et son seul droit, c'est celui de saisie quand le débiteur tombe en déconfiture. Ce droit est même accordé à tous les créanciers, même à terme : aussi suivant l'opinion de graves auteurs (1) peut-on dire que « les dettes ont, en définitive, toutes la même date en ce qui concerne les droits des créanciers sur les biens : c'est le jour où éclate la déconfiture. A ce moment tous peuvent agir ; tous ont donc un seul et même droit sur les biens (2). »

Le principe adverse a pourtant été adopté pour tout l'Empire par le C. P. C. all., malgré les dispositions contraires de la plupart des Codes allemands (3) qui suivaient les principes de notre Code civil sur la matière : Il est vrai que seul le projet de Code pour l'Allemagne du Nord adoptait la solution que nous repoussons.

C'est là, croyons-nous, la seule considération qui puisse expliquer cet article, car rien ne peut à notre avis le justifier en droit ou en fait.

En effet, le Code de procédure civile allemand n'a même pas adopté le système du droit de préférence du créancier le plus ancien, système que nous avons, pensons-nous, victorieusement combattu avec les auteurs. Le Code de procédure civile allemand ne favorise, au contraire, que

(1) Sic : Laurent, *loc. cit.*; Duranton, t. xxix, p. 6, n° 5 ; Troplong, n° 14.

(2) Laurent, *ibid.*

(3) Sic : le Code des faillites prussien du 8 mai 1855, tit. I, section VIII, en Bavière, *ibid.*, loi de 1869, art. 938, loi d'introduit. Wurtemberg du Code de comm. (13 août 1865), art. 53. De même cfr. le Code badois analogue au Code civil sur la matière.

le créancier *le plus diligent*. On peut s'étonner à bon droit de cette faveur et on peut chercher, sans arriver à les trouver, les raisons qui ont fait adopter cette mesure, tandis que les arguments pour la combattre nous paraissent aussi probants que nombreux.

Tout d'abord cette disposition aboutit à créer une inégalité et une véritable injustice entre les co-créanciers eux-mêmes, qui, nous venons de le voir, tout en ayant le même caractère chirographaire et d'après la loi allemande elle-même jouissant de droits identiques, sont pourtant payés les uns au détriment des autres.

Cette inégalité, cette faveur au premier saisissant ne se justifie même pas par les mauvais arguments qu'on essayait de faire valoir pour le créancier le plus ancien.

Cette mesure est encore plus détestable pour le débiteur puisqu'elle aboutit à forcer le créancier à le poursuivre sans trêve et sans merci, dès qu'il croit ou soupçonne qu'il va se trouver en concours avec d'autres co-créanciers. Au lieu d'accorder terme et délai, de le rasseoir dans son crédit, d'attendre qu'une situation chancelante soit raffermie, le créancier soucieux de ses intérêts n'aura qu'un but : poursuivre à outrance et arriver bon premier. Que se passe-t-il alors, et c'est là le troisième et le plus grave inconvénient du système : tout crédit devient impossible ; dès que la situation devient un peu gênée, un peu menaçante, sur un soupçon, sur un prétexte, au lieu que le créancier soit prêt comme en France à secourir, dans son propre intérêt, à relever le débiteur et à le protéger, le créancier allemand, au contraire, sèmera l'effondrement et la ruine et sacrifiera tout, pourvu qu'il soit le gagnant dans cette course au clocher.

Il nous paraît donc absolument impossible de soutenir une pareille disposition : elle ne trouve son explication nulle part, sauf peut-être, historiquement, dans un certain droit germanique, et ses effets sont désastreux non seulement dans les rapports entre créanciers et débiteurs, mais surtout à un point de vue plus élevé et plus général, puisqu'elle ruine le crédit dont elle amène la suppression au lieu de ramener la confiance.

CHAPITRE II

Exécution forcée sur les objets mobiliers.

SECTION PREMIÈRE. — Exécution forcée sur les objets corporels.

Les formes proprement dites de l'exécution en cette matière sont à peu près semblables au droit français et, sauf une courte observation, ne présentent pas de particularités bien notables. L'huissier est l'agent d'exécution (1). Il peut saisir la chose du débiteur, soit entre ses mains (2), soit entre les mains des tiers, pourvu que le tiers y consente (3). Sont insaisissables certains objets que la loi réserve, comme en France, pour des motifs d'intérêt supérieur, d'humanité ou de nécessité (4). Enfin les objets saisis sont vendus aux enchères (5), sauf la règle contraire en matière

(1) C. P. C. all., § 808 (712 ancien) ; pourtant le tribunal peut décider, sur la demande du créancier, que la vente sera faite par une autre personne que l'huissier. C. P. C., art. 1825 (726 ancien).

(2) *Ibid.*

(3) C. P. C. all., § 809 (713 ancien). Cfr. *infra* et la règle différente en droit français.

(4) C. P. C. all., § 811 (715 ancien). Cfr., *infra*.

(5) C. P. C. all., § 814 (716 ancien). Le tribunal peut cependant décider que la vente ait lieu autrement. C. P. C., all., § 1825 (726 ancien).

d'argent monnayé (§ 815), dans un délai qui ne doit pas être supérieur à une semaine à partir de la saisie (1). Deux articles visent enfin le cas de deux co-saisissants, qui viendraient exceptionnellement en concours, par exemple en cas de saisies simultanées ou opérées le même jour (2) et en cas de soulte ou de difficultés relativement à leur droit de préférence l'un vis-à-vis de l'autre.

Il est à remarquer que la saisie est le seul mode d'exécution forcée en matière mobilière (3), tandis que nous trouverons jusqu'à trois modes d'exécution en matière immobilière (4).

Il est enfin intéressant de dégager le caractère juridique de la possession (Besitz) exigée par le Code de proc. civ. allemand pour que la saisie ait lieu.

Le § 808 du Code de proc. civ. allemand (5) est formel :
« La saisie des objets corporels se trouvant entre les mains
« du débiteur sera opérée par la *prise de possession* de
« ces objets par l'huissier (6). »

Quelques mots d'explication sont nécessaires : Le législateur a voulu sans doute mettre sur la même ligne le

(1) C. P. C. all., § 816 (717 *in fine* ancien).

(2) C. P. C. all., §§ 826 et 827 (727 et 728 anciens). Le concours de deux créanciers est en effet l'exception, puisque le premier saisissant a un droit de gage et prime le suivant.

(3) Nous ne compterons pas le serment de manifestation qui a un caractère particulier que nous étudierons.

(4) Cfr. *infra*, chap. III.

(5) 712 ancien.

(6) Il est intéressant de rappeler que Pothier (*Traité de la procédure civile*, IV, chap. II, art. III) indique également en matière réelle une forme de saisie équivalant à la prise de possession qui nous occupe : « La saisie réelle se fait par le ministère d'un huissier ; pour cet effet, il doit « se transporter sur l'héritage et le saisir réellement et actuellement par « déclaration détaillée, y apposer brandons et panonceaux royaux, y « établir commissaire, etc. »

droit de rétention résultant de la saisie (1) et celui résultant du gage : une simple déclaration de mainmise ne suffirait point, de même que l'établissement d'un gardien, s'il n'y avait pas en même temps une dépossession de fait du débiteur (2). Les motifs de la loi sont en effet formels : « De même que la tradition est nécessaire à la perfection du droit de gage contractuel, de même la prise de possession doit être requise (en notre matière) (3). »

La saisie allemande ne se contenterait donc point d'une simple manifestation de volonté (4) et il devrait y avoir dépossession réelle, sauf dans deux cas qui étaient énumérés dans l'ancien § 712 : Si le créancier y consent ou si une autre mesure devait entraîner des difficultés considérables.

La nouvelle rédaction de l'article 808 (5) a rendu cette prescription moins sévère et décide qu'à l'exception toutefois de l'argent, des objets précieux et des valeurs, les autres objets doivent être laissés à la garde du débiteur, à condition que le créancier ne soit pas troublé dans la sûreté de son gage et que la saisie soit matériellement réalisée par l'apposition de scellés ou autres signes visibles ; une saisie serait donc valable même si l'huissier laissait, par exemple, l'objet ou l'animal saisi à la garde du débiteur jusqu'à la vente (6).

(1) Il ne faut pas oublier le caractère de la saisie allemande : le premier saisissant exclut les autres sans doute précisément en vertu de ce droit de rétention résultant de ce que la loi allemande appelle formellement son gage (Pfandrecht). Cfr. § 804.

(2) Sic : Gaupp, *loc. cit.*, p. 245.

(3) Motifs du § 808 (712 ancien). Cfr. également : Loi d'introduct. au Code des faillites, art. 14. — Sic : Gaupp, *ibid.*

(4) Sic : Gaupp, *ibid.*; — Wilmovsky-Lévy, II, p. 1033.

(5) § 712 anc.

(6) Sic : Gaupp, *ibid.* Ce serait une sorte de *constitutum possessorium*. —

Le caractère juridique de cette prise de possession par l'huissier a été discuté en droit allemand. Quelques auteurs ont pensé (1) que le créancier acquiert directement la possession et que l'huissier n'est que son représentant. En effet, c'est le créancier qui a donné mission de poursuivre, et c'est au profit du créancier que la saisie a eu lieu. L'huissier n'est donc qu'un simple instrument et à sa place apparaît le créancier, son mandant.

Or, d'après les données romaines, telles, du moins, qu'elles apparaissent dans Paul et surtout dans Gaius, le mot possession évoque bien, tout d'abord, l'idée de détenir et d'avoir la chose physiquement à sa disposition; mais, si à ce fait « se joint, avec ou sans droit, la volonté de la traiter comme sienne, on dira que le détenteur possède (2). »

La possession supposerait donc deux éléments : l'un matériel, physique (*corpus* ou *factum*), l'autre purement intellectuel (*animus domini*).

En appliquant ces données à notre espèce, l'huissier ne pourrait pas être possesseur, puisqu'il détient pour autrui; il n'est et ne peut être qu'un simple détenteur.

Suivant Gaius (3), était possesseur, non seulement celui qui détenait la chose par lui-même, mais encore celui qui la détenait par l'intermédiaire d'un tiers, comme un fermier ou un locataire, de même un depositaire ou un comodatataire, *et hoc est quod dicitur retinere possessionem*

Le lieu où s'effectuera le dépôt des objets saisis n'est pas déterminé par la loi. Cfr. Gaupp, *ibid.*

(1) Cfr. Dernburg, I, 364 a; — Struckmann-Koch, remarque 2 (art. 712 ancien); — Seuffert, Gaupp, *ibid.*; — Cfr. Wilmsky-Lévy, II, p. 1033.

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, I, n° 211, p. 533.

(3) Gaius, lib. IV, tit. XV, § 5.

posse aliquem per quemlibet qui ejus nomine sit in possessione (1).

Aujourd'hui, au contraire, non seulement la doctrine allemande a abandonné la distinction traditionnelle proposée et énoncée par Gaius, mais, depuis les remarquables travaux de Savigny et surtout le dernier ouvrage qu'a écrit Ihering (2), l'*animus* et le *corpus* ont disparu de la pratique allemande et surtout du C. C. all. La question ne se pose même plus et, dans notre cas, l'huissier étant *possesseur immédiat* (Unmittelbarer Besitzer) a bien la possession (3), car il a le pouvoir effectif (Thatsächliche Gewalt) sur la chose. Si l'huissier a laissé la chose entre les mains du débiteur, ce dernier est à son tour possesseur immédiat (7). Tout au plus pourrait-on se demander si le créancier a la possession médiate dans le sens du § 868. La négative doit être adoptée, parce que l'huissier, de par ses fonctions, a la capacité de posséder et n'est pas un simple mandataire du créancier. Dans ce cas, les dispositions du § 868 ne pourront donc pas être appliquées à ce dernier (5).

(1) Gaius, *loc. cit. princ.*

(2) Ihering, *Der Besitz*.

(3) C. C. all. § 855.

(4) C. C. all., § 868 ; — Cfr. Code annoté de Fischer et Heule, note sous le § 868.

(5) En ce sens, Leccius, II, 141.

SECTION II. — Exécution forcée sur les créances et les autres droits dépendant du patrimoine.

Les §§ 829 à 864 C. P. C. all. (1) traitent exclusivement de l'exécution forcée portant sur les *res incorporales*. Le Code s'occupe successivement de l'exécution portant sur une dette d'argent due au débiteur par un tiers saisi (2), puis de celle portant *sur un droit* ayant pour objet une chose corporelle (mobilière ou immobilière) (3), et enfin de l'exécution sur les « autres droits portant sur le patrimoine du débiteur (4). »

L'huissier n'est plus dans ces divers cas l'instrument d'exécution, c'est le tribunal cantonal qui le remplace seul sous le non de *Tribunal d'exécution* (Vollstreckungsgericht) (5), et quelquefois avec la coopération de l'huissier, mais dans tous les cas le concours du tribunal est absolument nécessaire (6).

Il ne faudrait pas croire que l'office du tribunal spécial d'exécution s'arrête à quelque ordonnance exécutable par l'huissier ; la mission de ce tribunal est plus considérable et on peut dire qu'il est à proprement parler le seul agent d'exécution, par exemple en matière de créances dues au débiteur par un tiers saisi : dans ce cas, le § 829 C. P. C.

(1) 729 à 754 anciens.

(2) C. P. C. all., §§ 829 à 845 (730 à 744, 749, 750, 753 anciens).

(3) C. P. C. all., §§ 846 à 849 (745 à 748, 751, 752 anciens).

(4) C. P. C. all., §§ 857, 863 (754 ancien).

(5) C. P. C. all., art. 828 (729 ancien).

(6) *Sic* : Seuffert, *loc. cit.*, p. 925.

all. (1) énonce formellement que la saisie sera réputée pratiquée par la signification de l'ordonnance au tiers saisi. En ce cas, c'est le *droit pur* du débiteur sur le tiers débiteur qui est saisi par le créancier.

L'huissier n'interviendra au contraire que pour « prendre en possession (2) » et saisir les créances résultant de lettres de change et autres valeurs transmissibles par voie d'endossement (3).

L'huissier sert enfin de séquestre lors de la saisie d'un droit ayant pour objet une chose corporelle mobilière et relativement à ce droit. Dans ce cas, dit le Code (4), il y a lieu d'ordonner que la chose sera remise à un huissier qui recevra commission du créancier.

Nous avons déjà dit que le tribunal d'exécution en notre matière était un tribunal spécial (5). En effet les règles ordinaires relatives à la compétence en vue de l'instance *ratione materiæ* et *ratione loci* disparaissent, car d'une part ce tribunal, exclusivement compétent, quel que soit le litige, est le tribunal cantonal, et d'autre part ce tribunal sera celui devant lequel le débiteur a son statut général de juridiction (*Gerichtstand*) (6) dans l'empire allemand, et à défaut de ce statut ce sera le tribunal cantonal « devant

(1) § 730 anc.

(2) Cfr. *suprà*.

(3) C. P. C. all., art. 831 (732 ancien). Les papiers-valeurs nominatifs ou au porteur sont traités comme des objets corporels. Cfr. C. P. C. all., § 821 à 823.

(4) C. P. C. all., art. 847 (746 ancien).

(5) Cfr. *suprà*.

(6) Ce statut général de juridiction est déterminé par le domicile. C. P. C., article 13, même article ancien. La maxime *Actor sequitur forum rei* a passé dans la plupart des législations. Cfr. C. P. C. fr., article 59 ; — C. P. C. belge, article 39, etc.

lequel le débiteur peut être actionné conformément à l'article 23 (24 ancien) (1) (2). »

On voit donc par ces quelques explications que l'art. 828 C. P. C. all. (3) a effectivement dérogé à la règle générale de compétence, puisque ce tribunal peut ne pas être celui du litige principal, et a de plus attribué une compétence exceptionnelle au tribunal cantonal qui devient le tribunal spécial d'exécution (4) (*Vollstreckungsgericht*).

Il existe enfin une disposition originale en matière d'exécution portant sur une créance due par un tiers saisi. Nous verrons au cours de notre comparaison avec la saisie-arrest française quel est le mécanisme de cette procédure et les avantages ainsi que les simplifications qu'elle a sur notre système (5) ; pour le moment, nous nous contenterons de faire observer que le tribunal doit faire défense au tiers saisi d'acquitter la dette entre les mains du débiteur, et en même temps défense au débiteur *de disposer de la créance et spécialement de la faire rentrer* (6). C'est là une disposition heureuse (7), mais qui nous paraît incomplète en ce sens qu'elle manque probablement de sanction pénale.

(1) C. P. C. all., article 828 (729 ancien).

(2) L'article 23 C. P. C. (24 ancien), règle ainsi ce cas (Cfr. C. P. C. franc., article 59), 3° : « A l'égard des actions ayant pour fondement une réclamation relative aux biens contre une personne qui n'a pas de domicile dans l'empire allemand, la compétence appartient au tribunal dans le ressort duquel se trouvent les biens de la personne ou la chose qui forme l'objet de l'action. »

(3) Article 729 ancien.

(4) C. P. C. all., article 828 (729 ancien).

(5) Cfr. *infra*.

(6) C. P. C. all., article 829 (830 ancien).

(7) Cette pratique était déjà connue dans l'ancien droit allemand sous le nom de *prohibitorium* et d'*arrestatorium*.

Le C. P. C. all., même dans sa refonte récente, reste muet à ce sujet, et si on a songé à appliquer pendant quelque temps le § 137 C. pénal all. qui punit d'emprisonnement le détournement d'objets saisis, la Chambre criminelle du tribunal d'empire a déclaré que ce paragraphe n'était pas applicable (1), de sorte que, de l'aveu des commentateurs (2), il y aurait une lacune dans la loi.

Quoiqu'il en soit, et quelle que soit la portée de cette prohibition, il n'en est pas moins vrai que la conception en est excellente et propre à prévenir la fraude et déjouer tous actes frustratoires de la part du saisi.

Il importe toutefois de se rappeler que nous n'employons les dénominations de saisi et de tiers saisi empruntées à notre saisie-arrêt que pour la commodité du langage, et que la procédure qui nous occupe n'a que des rapports assez éloignés avec notre saisie-arrêt française : une comparaison entre ces deux dispositions nous en montrera les dissemblances plus encore que les caractères communs.

Toutes deux, et c'est là, croyons-nous, leur seule ressemblance, ont pour but de saisir sur le débiteur entre les mains d'un tiers débiteur du saisi (3).

Les différences sont au contraire bien plus sensibles, au point de vue de la nature et du caractère de la saisie.

La saisie-arrêt française, nous le savons, a un caractère mixte et participé tout à la fois dans son principe des actes conservatoires, tandis qu'elle est un acte d'exécution

(1) Décisions criminelles du Tribunal d'Empire (R. G. Straf. 24, 30).

(2) *Sic* : Wilmowsky-Lévy, *sub* article 730 ancien.

(3) *Sic* : Rousseau et Laisney, *vo* Saisie-arrêt, n° 15. C'est là, en thèse générale du moins, le but de la saisie-arrêt française, sauf de nombreuses exceptions, par exemple en cas de dessaisissement du débiteur quant à ses biens en matière de faillite, etc. Cfr. Royer, nos 31 et 219.

dans ses effets (1). En d'autres termes, c'est un acte conservatoire, parce qu'elle effectue la mainmise sur des biens qui autrement auraient pu être dissipés par le débiteur, et c'est un acte d'exécution, puisque, après avoir préparé l'efficacité du jugement à intervenir, validant la saisie-arrêt, elle se transforme à la suite de ce jugement en un titre exécutoire (2).

Nous pourrions donc envisager la saisie-arrêt comme ayant ce double caractère particulier qu'elle ne peut avoir lieu que quand la chose du débiteur est entre les mains d'un tiers, et qu'elle doit être nécessairement suivie d'une procédure particulière habilitant cette saisie et la transformant par là en acte d'exécution.

La saisie allemande qui nous occupe a nettement le caractère pur d'exécution : il existe, mais *séparément*, de nombreuses sûretés données au créancier pour garantir par avance l'efficacité de l'exécution à intervenir, tandis que la saisie qui nous occupe — et ce sera là une seconde différence — ne peut avoir lieu qu'*après* une ordonnance du Tribunal : cette proposition est tellement vraie que c'est précisément la signification de cette ordonnance au tiers saisi qui équivaut, ainsi que le dit expressément le texte (3), à une saisie-exécution : il ne s'agit donc pas, comme chez nous, d'une sorte de saisie préparatoire convertissable postérieurement en un acte d'exécution, mais d'un véritable jugement, exécutoire *hic* et *nunc*, et qui n'a d'autre caractère particulier, du moins dans la matière qui nous occupe, que de viser un tiers.

(1). Douai, 10 décembre 1836.

(2) *Sic* : Bordeaux, 22 août 1854, D. 55, 2, 123 ; — D. 68, 1, 369 et note.

(3) C. P. C. all., 829 (730 ancien).

Les conséquences pratiques de ce système sont aussi heureuses que nombreuses : il n'y a plus comme chez nous jusqu'à trois procédures distinctes : l'exploit de saisie-arrêt, la dénonciation au saisi suivie d'une instance en validité, et enfin la contre-dénonciation au tiers saisi de la demande en validité suivie d'une instance portant sur la déclaration affirmative du tiers saisi.

La procédure allemande est plus simple : le Tribunal exceptionnellement compétent, que nous savons être le Tribunal cantonal, est saisi par voie de conclusions de la part du créancier. Notons que le débiteur n'est pas entendu (1). Si le tribunal admet la demande de saisie, copie de cette ordonnance est signifiée au tiers saisi et au saisi (2).

De plus, et sur la demande du créancier contenue dans l'acte même de signification, le tiers saisi doit déclarer au saisissant dans les deux semaines de la signification :

1° Si et à quel point il reconnaît la créance comme bien fondée et s'il est disposé à en opérer le paiement ;

2° Si des réclamations sont soulevées relativement à la créance par d'autres personnes et quelles sont ces personnes ;

3° Si et pour quelles réclamations une saisie a déjà été opérée au profit d'autres créanciers (3).

La déclaration affirmative du tiers saisi n'est donc pas

(1) Le § 834 (735 ancien) est formel.

(2) Cette dernière signification n'est pas essentielle relativement à la formation des droits de gage, de préférence, etc., résultant de la saisie (*Journal d'Empire*, 31 janv. 1883, n° 125, p. 420). Si elle n'a pas eu lieu, le greffier ou l'huissier sont seulement passibles de dommages et intérêts envers le saisi. *Sic* : Seuffert, p. 927.

(3) C. P. C. all., § 340 (737 ancien).

la base, le pivot de cette saisie-arrêt, ce n'est qu'une formalité accessoire, après la perfection de la saisie, destinée à éclairer le créancier sur le quantum et les modalités de la créance saisie-arrêtée et rien de plus. Notons en outre que cette déclaration n'a pas lieu au greffe comme en France, ou devant le Tribunal comme en Italie ou dans le canton de Genève (1). Elle est purement et simplement consignée dans l'acte de signification (2).

Nous savons déjà que cette signification au tiers saisi équivaut entre ses mains à une véritable saisie-exécution; la procédure est donc terminée (3) et ne comprend en résumé qu'un jugement et deux significations.

On pourrait peut-être formuler une critique relativement à l'absence du débiteur pendant l'instance qu'il ne connaît que par son résultat énoncé dans la signification. On

(1) Cfr. *infra*.

(2) C. P. C. all., art. 840 § 2 (739 ancien).

(3) Les formalités de la saisie-arrêt ont été abrégées dans la plupart des législations modernes. Le C. P. C. ital. n'exige qu'un seul acte emportant saisie et en forme de citation signifié au tiers saisi ainsi qu'au saisi (art. 611). A partir de ce moment le tiers saisi est considéré comme un dépositaire ou un séquestre judiciaire conformément aux règles du C. c. ital., art. 1874 et 1876 (C. P. C. ital., art. 612). Le tiers saisi fait sa déclaration à l'audience (art. 614), et non au greffe comme en France, et, faute de ce faire, peut être déclaré détenteur des objets mobiliers ou débiteur de la somme et condamné à s'en dessaisir dans le premier cas ou à en payer le montant dans le second (art. 614 *in fine*).

Si la somme est exigible immédiatement ou dans un délai ne dépassant pas cent quatre-vingts jours, et s'il n'y a eu ni contestation ni concours d'autres créanciers, elle est *assignée en paiement* par le juge (le prêteur) au créancier poursuivant, et à l'audience même de la déclaration, sauf le recours du créancier, s'il n'est pas payé intégralement (art. 619) et à concurrence de ce qui lui est dû.

Le Code de Genève (art. 427 et suiv.) contient les mêmes prescriptions que le C. P. C. ital. en ce qu'il n'exige qu'un seul exploit assignant à la fois le saisi et le tiers saisi; de même la déclaration doit être faite devant le tribunal.

pourrait croire que c'est là un manque de garantie vis-à-vis de ce dernier, puisqu'il n'a pas pu se défendre et faire valoir ses moyens pour faire repousser la demande : il est facile de répondre à cette critique et montrer qu'elle n'est point fondée. — En France, la saisie-arrêt peut avoir lieu en vertu de titres authentiques ou privés ou bien encore sans titre, avec permission de juge (1). On comprend qu'avec ce système, il soit indispensable, dans ce dernier cas au moins, et sous peine de flagrante injustice, d'instruire le débiteur de la procédure faite contre lui et le mettre à même de se défendre. En Allemagne, au contraire, la saisie qui nous occupe n'est pas une procédure principale, mais bien spéciale ; c'est un incident de l'exécution qui n'a d'objet que quand le créancier, au lieu de trouver l'argent (2) de son débiteur et le saisir directement entre ses mains, le saisit au contraire sous forme de créance entre les mains d'un tiers. Ce caractère d'exécution incidente suppose donc *un titre exécutoire principal* qui est la première pièce exigée par le Tribunal avant de rendre son ordonnance (3).

On comprend dès lors que le débiteur ne soit pas appelé (4) ; sa présence n'est pas nécessaire : que pourrait-il dire contre l'autorité de la chose jugée ? A-t-il payé ? Il

(1) Cfr. Rousseau et Laisney, v° *Saisie-arrêt*, nos 99 et suiv.

(2) Il ne peut s'agir en effet, ainsi que nous le verrons plus loin, et contrairement au droit français, que de saisie sur les tiers pour des créances portant sur des sommes d'argent. (Geldfordorung, art. 829, 730 ancien).

(3) Sic : Seuffert, *sub* § 730 (ancien). Il n'y a pas d'exception à proprement parler à cette mesure et on indiquerait à tort comme telles les titres exécutoires sans formule. C. P. C. all., art. 796, 927 et 936 (701, 809 et 815 anciens). Cfr. Seuffert, *sub* art. 662 (ancien).

(4) C. P. C. all., art. 834 (735 ancien).

aurait eu soin de se faire remettre le titre exécutoire qui ne pourrait plus se trouver entre les mains de son créancier. Cette prohibition aboutit donc pratiquement à une nouvelle simplification, puisque le saisi n'a pas besoin d'être et n'est pas en cause (1).

Il existe aussi une autre disposition qu'on pourrait croire de prime abord purement et simplement restrictive : la saisie-arrêt allemande ne doit porter que sur des créances et des sommes d'argent, tandis que la saisie-arrêt française permet au créancier de saisir-arrêter entre les mains d'un tiers « toutes sommes et effets appartenant au débiteur (2), » c'est-à-dire, à proprement parler, tous les objets mobiliers (3). C'est même le seul moyen, pour le créancier, d'effectuer sa mainmise, car, lorsque les meubles d'un débiteur se trouvent entre les mains d'un tiers, le créancier ne peut les saisir-exécuter (4). Il n'y a là qu'une apparence et il faut se rappeler que le C. P. C. all. permet au créancier et à son huissier de saisir directement un objet mobilier appartenant au débiteur, entre

(1) Le § 757 C. P. C. all. (677 anc.) oblige l'huissier à remettre le titre exécutoire ainsi qu'une quittance entre les mains du débiteur, dès que ce dernier a payé, mais la *détention* du titre exécutoire n'est pas une présomption de paiement comme chez nous.

(2) C. P. C., art. 557.

(3) La majorité des auteurs pense en effet que, d'après cette disposition, toute chose mobilière est susceptible de saisie-opposition. (Rauter, p. 319 ; — Roger, n° 152 ; — Bioche, v° *Saisie-arrêt*, n° 55 ; — D. Rép. v° *Saisie-arrêt*, n° 129 ; — Rousseau et Laisney, *cod. v°*, n°s 162, 163).

(4) Cass. 11 juin 1811 ; — Cass. 4 déc. 1867, D. 67, 1,471. — Pothier, *Procéd.*, iv, ch. II, art. 4, § 1, est du même avis : « Le créancier ne peut..... les saisir et exécuter, il n'a que la voie de les y arrêter et d'assigner le tiers saisi pour qu'il en fasse la délivrance. » *Sic* : Chauveau sur Carré, quest. 1928 bis ; — Pigeau, t. II, p. 50 ; — D. Rép. v° *Saisie-arrêt*, n° 10, et v° *Saisie-exécution*, n° 70 ; — Roger, n°s 12 et suiv. ; — Rousseau et Laisney, v° *Saisie-arrêt*, n° 4.

les mains d'un tiers qui consent à s'en dessaisir (1), tandis que dans le système français, même avec un titre exécutoire, il faut subir les lenteurs et les formalités maintenant connues de la saisie-arrêt. Au lieu d'une règle restrictive, nous avons donc encore là un perfectionnement sensible.

Nous croyons avoir indiqué les principales différences entre les deux saisies-arrests, et nous pensons, ce sera notre dernier mot, que, si les formes de cette saisie sont simplifiées dans la législation étrangère, c'est que cette dernière a pris grand soin de ne pas attribuer à cette saisie le caractère mixte de saisie conservatoire et d'exécution tout à la fois que nous déplorons dans la nôtre : nous verrons quels sont les moyens conservatoires que la loi allemande met à la disposition du créancier (2). Nous constaterons surtout qu'ils sont nettement séparés de la procédure qui nous occupe, ce qui a permis d'attribuer à la procédure que nous étudions le caractère pur d'exécution qui seul a permis les améliorations que nous avons signalées.

(1) C. P. C. all., art 809 (713 ancien).

(2) Dans la matière même qui nous occupe, le législateur a pris soin d'armer le créancier contre les fraudes du débiteur même avant toute demande et par conséquent toute obtention d'ordonnance du tribunal cantonal. Le § 845 C. P. C. all. (744 ancien) est si clair que nous le transcrivons textuellement : « Déjà avant la saisie, le créancier pourra, « en vertu d'un titre de créance exécutoire, faire savoir par un acte signifié par huissier au tiers saisi et au débiteur que la saisie est imminente avec sommation au tiers saisi de ne pas payer au débiteur « et sommation au débiteur qu'il ait à s'abstenir de disposer d'une « façon quelconque de la créance et spécialement de la faire rentrer. « Cette signification aura la valeur d'une contrainte (arrest) lorsque « la saisie de la créance sera opérée dans le délai de trois semaines. « Ce délai courra du jour de la signification mentionnée ci-dessus. »

CHAPITRE III

Exécution forcée sur les biens immobiliers.

Pour arriver à la comparaison que nous nous proposons de faire, il nous faut rappeler les principales dispositions du Code de procédure civile français en matière d'exécution, ou, comme dit la loi, de *saisie immobilière*(1). Nous croyons toutefois que notre comparaison aura plus de valeur, et qu'on pourra mieux comprendre l'évolution historique de cette saisie, si nous faisons une courte incursion dans notre ancien droit.

L'ordonnance de 1667 était muette sur cette procédure, et les intéressés étaient obligés de consulter soit l'ordonnance de François I^{er} de 1539, soit l'édit de Henri II de 1551 (2) dont les prescriptions étaient plus ou moins bien observées suivant les juridictions et les Parlements (3). Il

(1) C. P. C. fr., art. 673 et suiv. Cette dénomination est loin d'avoir toujours été la même : Pothier l'appelait *saisie réelle* ou encore *vente par décret forcé* ; la loi du 11 brumaire an VII, qui remplaçait le Code hypothécaire de la loi du 9 messidor an III, l'appelle *loi sur l'expropriation forcée*.

(2) Edit sur les criées. Cfr. Pothier, *Proc. civ.*, ch. II, art. 3 *princip.*

(3) Réal, Projet du titre *De la saisie immobilière*, présenté au Corps législatif.

paraît d'ailleurs que ces deux lois fondamentales de l'ancien Code des criées étaient loin d'être complètes, et de contenir toutes les dispositions nécessaires pour sauvegarder tout à la fois les droits du débiteur et ceux du créancier (1).

La procédure, après sommation, s'engageait très généralement par un exploit de saisie réelle de l'huissier qui saisissait « réellement et actuellement par déclaration détaillée en apposant brandons et panonceaux royaux, y établissait commissaire, etc. (2). »

Cet exploit contenait, en dehors des clauses communes aux autres exploits : 1° la mention du titre exécutoire autorisant la saisie ; 2° la justice en laquelle le saisissant entend poursuivre la saisie (3) et la résidence du commissaire aux saisies réelles (institution qui était la preuve indéniable de la durée de la saisie à cette époque (4) ; 3° l'exploit devait contenir en outre la désignation du lieu où était situé le bien, sauf en ce qui concernait les fiefs pour lesquels il suffisait de saisir le *principal manoir avec appartenances et dépendances* (5) ; 4° la déclaration de mise de panonceaux à la principale porte du bien saisi (6) et de brandons dans les champs (7) et enfin la mention d'affiches à la porte de l'église paroissiale (8).

Ce n'était rien encore : il fallait obtenir du tribunal le

(1) Réal, *loc cit.*

(2) Pothier, *Proc. civ.*, ch. II, art. 3, p. 495.

(3) *Sic* : Pothier, *ibid.*

(4) Édit de création de commissaires aux saisies réelles, du mois de février 1626.

(5) Édit des criées de Henri II en 1551, art. 2 ; — Cout. d'Orléans, art. 467 ; — Cout. de Paris, art. 345.

(6) Édit de 1551, art. 3.

(7) Cfr. Pothier, *ibid.*, p. 501.

(8) Cfr. Pothier, *ibid.* — Cfr. Boitard, etc., *ibid.*, II, n° 910.

congé ou permission d'adjudger. Puis le saisissant mettait une enchère sur le bien et pendant quarante jours le greffe devait recevoir les enchères subséquentes des tiers. Après trois quinzaines seulement, l'enchérisseur devenait définitivement acquéreur. Nous n'avons fait qu'esquisser cette procédure, sans parler des complications et des incidents, et omis de rappeler à chaque procédure les vacations et les frais.

La réforme s'imposait à ce point que le Code hypothécaire du 9 messidor an II (1) et les deux lois du 11 brumaire an VII sur le régime hypothécaire et sur les expropriations forcées répondirent au sentiment général en simplifiant ces prescriptions.

Malheureusement, d'un excès la loi tomba dans un autre : elle devait tenir compte équitablement des deux droits en présence : elle ne le fit point ; elle réduisit les formalités à un minimum si insuffisant que les principales conditions d'une bonne loi sur la saisie immobilière ne s'y trouvèrent pas : c'est qu'en effet, tout d'abord, l'adjudicataire d'objets immobiliers doit retrouver dans cette loi la même compensation de sécurité que l'adjudicataire d'objets mobiliers qui, lui, est protégé contre les revendications des tiers par la maxime : En fait de meubles, possession vaut titre. En second lieu, les créanciers hypothécaires doivent être avertis, puisque leur débiteur perd sa propriété sur l'immeuble et que par l'adjudication leur droit court le risque d'être anéanti.

(1) Ce Code, qui devait être mis en vigueur le 1^{er} nivôse suivant, n'a jamais été utilisé, puisqu'il a été prorogé indéfiniment par les lois des 26 frimaire, 19 ventôse, 19 prairial, 24 thermidor an IV et du 28 vendémiaire an V.

Par une seconde réaction (1) le Code civil adopta à son tour une complication qui a paru extrême (2). Le Code civil a bien réglé les incidents de saisie et les a réglés d'une façon spéciale, de façon à ne plus être soumis aux lenteurs d'une affaire ordinaire; mais, en ce qui concerne le second et plus grave inconvénient d'une procédure d'expropriation trop rapide, il a trop augmenté les formes et les délais de la saisie, de sorte que bon nombre des anciens abus reparaissent (3).

Aussi la loi de 1841 est-elle venue mettre plus d'harmonie et de célérité dans l'œuvre du Code, sans toutefois, malgré cette retouche, en faire un ouvrage parfait sur la matière (4).

D'après notre Code, cette procédure se décompose en deux phases bien distinctes : dans la première, l'immeuble saisi est mis sous main de justice (5) ; dans la seconde, il s'agit de le faire vendre (6) ; ajoutons que nous nous occuperons en outre des effets de cette vente vis-à-vis des différents intéressés.

Dans la première période on compte jusqu'à quatre formalités : le commandement à personne ou à domicile (7) (et non au domicile réel) (8) qui a pour effet d'être

(1) La loi ne prévoyait pas en outre les incidents de saisie immobilière pour lesquels il fallait se référer au droit commun et subir toutes les lenteurs d'une procédure ordinaire. (Cfr. Boitard, etc., *ibid.*, II, n° 910, p. 335).

(2) C. C., liv. III, tit. XVIII et XIX.

(3) *Sic* : Boitard, etc., *loc. cit.*, p. 336.

(4) Trois de ces articles (692, 696 et 713) ont été modifiés à nouveau par la loi du 21 mai 1858.

(5) C. C., art. 673 à 689.

(6) C. C., art. 690 à 701.

(7) C. P. C., art. 673.

(8) Cfr. Boitard, etc., *loc. cit.*, II, n° 914.

le point de départ d'un délai minimum de trente jours avant lequel la saisie immobilière peut être faite (1) ; le procès-verbal de saisie, assez semblable à celui que nous avons analysé d'après Pothier (2) et contenant, outre les formalités requises pour les exploits en général, l'énonciation du titre exécutoire, la mention du transport de l'huissier, l'indication des biens saisis, l'indication du tribunal où la saisie sera portée et enfin constitution d'avoué avec élection de domicile (3). La troisième formalité est la dénonciation du procès-verbal à la partie saisie, et la dernière est celle de la transcription au bureau des hypothèques du procès-verbal de saisie et de l'exploit de dénonciation (4).

Cette mainmise sur le bien saisi produit deux effets : relativement à l'administration ou à la jouissance de ce bien et relativement à sa libre disposition.

Dans le cas où les immeubles ne sont ni loués ni affermés, la possession en est laissée au saisi jusqu'au jour de la vente, sauf ordonnance contraire en référé, rendue sur la demande du saisissant (5). Toutefois les fruits en seront vendus aux enchères (6) ainsi que les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription (7). Pour ces derniers, la loi édicte qu'ils seront immobilisés,

(1) C. P. C., art. 674.

(2) Cfr. *suprà*.

(3) C. P. C., art. 675. Ce procès-verbal de saisie, qui a les plus grandes analogies avec celui de notre droit coutumier, a eu bien des avatars : supprimé et remplacé par des affiches dans la loi de brumaire an VII, il a été rétabli par le C. P. C. et conservé dans la loi de 1841.

(4) C. P. C., art. 678.

(5) C. P. C., art. 681.

(6) *Ibid.*, *in fine*.

(7) C. P. C., art. 682.

c'est-à-dire qu'ils deviendront accessoires de l'immeuble, et attribués par conséquent aux créanciers hypothécaires de préférence aux créanciers chirographaires (1). De même les baux pourront être annulés, s'ils n'ont pas date certaine avant le commandement, mais seulement sur la demande des créanciers ou de l'adjudicataire (2).

En ce qui concerne le droit de libre disposition, le saisi n'a plus ce droit à partir du jour de la transcription de la saisie (3) (4).

La seconde partie de cette procédure, avons-nous dit, a pour principal objet de faire vendre l'immeuble saisi.

La loi a d'abord voulu régler et rédiger les conditions de l'adjudication. L'art. 690 énumère les points essentiels du cahier des charges : énonciation du titre exécutoire, désignation de l'immeuble, conditions de la vente et mise à prix de la part du poursuivant. En second lieu, la loi met en demeure par une sommation (5) la partie saisie et les créanciers inscrits de prendre connaissance de ce cahier des charges. La loi n'a pas voulu leur en faire adresser une copie trop longue et trop coûteuse, et la sommation dont il vient d'être parlé n'est pratiquement qu'un avertissement de venir consulter cette pièce au greffe (6). En

(1) Cette disposition étendue aussi aux loyers et fermages (art. 685) a surtout pour but d'écarter précisément les créanciers chirographaires qui autrement auraient pu créer des incidents entravant la marche de cette procédure.

(2) C. P. C., art. 684. Cfr. *contra* en dr. all.

(3) C. P. C., art. 686.

(4) Toutefois cette indisponibilité de l'immeuble saisi cesse, si la transcription n'a pas été suivie de l'adjudication : en ce cas une aliénation consentie par le saisi serait valable. (Sic: Bôitard, etc., *ibid.*, II, n° 930).

(5) C. P. C., art. 631.

(6) Pareille sommation est faite aux créanciers inscrits (art. 692) et

dernier lieu, la loi organise la publicité de la vente, afin d'attirer des acquéreurs et d'empêcher la vente à vil prix : elle prescrit dans ce but la publication et la lecture du cahier des charges à l'audience du tribunal (1), l'insertion dans les journaux (2) et enfin les affiches (3).

En ce qui concerne l'effet du jugement d'adjudication, ce dernier ne transmet à l'adjudicataire « d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi (4). » Il est clair que ces droits pour être reconnus des tiers ont besoin d'être transcrits suivant la loi du 23 mars 1855. Vis-à-vis des créanciers hypothécaires, le jugement dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix (5).

De même que nous venons de le faire en droit français, nous ne pouvons convenablement expliquer le développement du droit allemand d'exécution en matière immobilière sans remonter brièvement aux sources historiques.

La publicité des hypothèques est une institution fort ancienne du droit prussien : elle y fut introduite le 20 septembre 1704. Modifiée peu après, cette disposition fut rétablie par la loi du 4 février 1722, adoptée par la loi générale sur les hypothèques (6) et enfin par le Code général prussien (7). Toutefois l'inscription n'était indis-

mention de ces sommations est faite en marge de la transcription de la saisie.

(1) C. P. C., art. 694 et 695.

(2) C. P. C., art. 696 à 698.

(3) C. P. C., art. 699 et 700.

(4) C. P. C., art. 717 rectifié par la loi du 21 mai 1858.

(5) *Ibid.*, *in fine*.

(6) Hypothekenordnung du 20 décembre 1783.

(7) Allgemeines Landrecht du 1^{er} juin 1794.

pensable qu'en matière d'hypothèques. L'inscription (1) était seulement utile en matière d'aliénation et d'usufruit, et comme la propriété s'acquerrait par la tradition (2) ou *investiture* (*Auflassung*), le propriétaire qui en même temps était généralement possesseur n'avait guère à craindre une aliénation à son insu, puisqu'elle supposait l'investiture et qu'il était en possession.

Ces doubles inconvénients susciterent bien des projets de réforme. La Chambre prussienne émit par deux fois (3) le vœu qu'il fût présenté le plus tôt possible un projet de loi sur la réforme hypothécaire. Deux projets dus à l'initiative de la Chambre furent discutés et repoussés (4). Enfin, un projet du ministre de la justice Leonhardt dé-

(1) Le Code prussien n'admettait pas la transcription française.

(2) La loi foncière du 5 mai 1872 déclarait encore dans son art. 1^{er} qu'en cas d'aliénation volontaire, la propriété d'un immeuble n'est acquise que par une inscription au Grundbuch, faite à la suite d'un acte d'investiture (*Auflassung*). C'est bien une sorte de tradition romaine (Cfr. Stobbe : *Die Auflassung*, 1872) et l'auteur de l'exposé des motifs du projet de 1871 semble partager cette opinion quand il dit : « Celui qui, par vente, échange ou toute autre convention, peut exiger l'investiture d'un immeuble, ne peut intenter qu'une action personnelle contre le co-contractant, mais il ne peut revendiquer l'immeuble contre les tiers.

Il existe cependant une forme très intéressante conciliant les données, irréductibles au premier abord, du droit romain et du droit allemand sur la matière. La mutation s'opère bien par l'accord des parties et par l'investiture ; aussi l'inscription ne devrait s'effectuer que quand l'obligation est parfaite et que quand les deux opérations ont eu lieu. Pourtant, le § 8 de la loi de 1872 en dispose autrement. L'inscription de l'obligation personnelle pourra avoir lieu au Grundbuch, à titre de *prénotation* (*Vormerkung*), c'est-à-dire à titre d'engagement que l'inscription définitive aura lieu. — Cfr. les notes remarquables de M. Gide : *Annuaire de la législation étrangère*, 1872, p. 215, note 2, et p. 217, note 6 ; — M. G. Bourcart, professeur à la faculté de Nancy, même *Annuaire*, 1883, p. 184 et suiv.

(3) Vœux du 28 avril 1857 et du 14 mars 1860.

(4) Projets de loi de 1861 et 1862 des députés Conrad et Rœppell.

posé en 1868-69 était, après de nombreuses transformations, voté quatre ans plus tard sous le nom de « Lois sur le Grundbuch (1). »

De ces lois, la seconde codifie pour la première fois avec une grande précision les dispositions relatives au Grundbuch dont la loi postérieure du 24 mars 1897 (2) ne fait que reproduire les grandes lignes. Nous étudierons donc cette matière avec la loi de 1897, de façon à indiquer la forme la plus nouvelle qui a été donnée à ce concept juridique.

La loi de 1872 avait cependant le défaut de ne pas être en harmonie avec une loi prussienne de 1869 (3) sur la saisie immobilière. La loi nouvelle se fit attendre jusqu'en 1883, et eut de plus l'avantage d'être en concordance avec le C. P. C. all. Tout comme la précédente, elle nous est précieuse pour étudier la loi d'Empire sur la saisie immobilière de 1897, dont les grandes lignes ont été empruntées précisément à cette loi de 1883. Cette loi d'Empire non seulement est en concordance avec le nouveau C. C. all., mais aussi avec la nouvelle refonte du C. P. C. all. C'est à cette loi que fait expressément allusion et que se rapporte le § 869 C. P. C. all.

Dans la loi de 1897, le tribunal compétent est le tribunal cantonal (de paix) du ressort de l'immeuble (4). La

(1) Ces lois promulguées le même jour (5 mai 1872) sont au nombre de quatre : 1^o loi sur la propriété immobilière ; 2^o loi sur les livres fonciers ; 3^o loi concernant la forme des contrats réglant la division des immeubles ; 4^o loi sur les frais de timbres (mutation) et autres.

(2) Cette dernière est la loi d'Empire relative au Grundbuch et en concordance avec le nouveau Code civil.

(3) *Subhastationsordnung* du 15 mars 1869.

(4) § 1^{er}.

saisie ne s'effectue pas matériellement : c'est le jugement qui l'ordonne, qui vaut saisie, dès qu'il est signifié au débiteur ou à l'administration du Grundbuch avec réquisition de l'inscription de l'ordonnance (1) (2).

A l'inverse du droit français, le droit allemand n'immobilise pas et la saisie immobilière ne comprend pas les loyers ou fermages sur les créances qui dérivent d'un droit aux prestations périodiques liées à la propriété du fonds (3). De même le droit du locataire n'est pas atteint (4).

La saisie ainsi pratiquée a l'effet d'une défense d'aliéner (5). Le jour de la mise aux enchères ne peut être fixé qu'après la saisie de l'immeuble et après inscription des avis du Grundbuch (6). La fixation du jour de l'adjudication doit énoncer entre autres formalités analogues à celles de notre droit (7) « la sommation de produire les droits

(1) § 20.

(2) C'est une des meilleures conséquences de cette idéalisation de la propriété immobilière. (Cfr. R. de La Grasserie, *ibid.*, p. 583). Cfr. *infra*.

(3) La solution contraire en dr. fr. (C. P. C., art. 682) s'explique, nous l'avons déjà dit, par la crainte de voir un créancier chirographaire créer un incident et retarder la procédure : pour l'écarter on a trouvé bon de favoriser les créanciers hypothécaires à ses dépens. (Cfr. *suprà*; Boitard, etc., 1, n° 922). Nous verrons plus tard (Cfr. *infra*) pourquoi le système allemand ne craint pas cet inconvénient.

(4) § 21, *in fine* de la loi. — Le C. C. français est moins généreux : Les baux n'ayant pas date certaine pourront être annulés sur la demande du créancier (C. P. C. fr., art. 684). Or, comme la plupart des locataires ou fermiers n'ont que des baux dits verbaux ou même des sous-seings non enregistrés (sauf pour les locations importantes), il s'ensuit que, n'ayant pas généralement de ce fait date certaine, ils sont soumis pratiquement au bon plaisir du saisissant, et son caprice passe parfois avant ses intérêts.

(5) § 23 de la loi. — Cette prohibition, essence de la saisie, se retrouve bien dans notre Code, mais beaucoup plus tard dans la procédure : « à compter du jour de la transcription. » (C. P. C., art. 686).

(6) § 36 de la loi.

(7) § 37 de la loi. — Cfr. *suprà*.

« lorsqu'ils ne résultent pas du Grundbuch lui-même à
« l'époque de l'inscription de la mise aux enchères... ainsi
« que d'établir leur bien fondé s'ils sont combattus par le
« saisissant, sinon ces créances ne seraient pas admises
« pour la fixation de la mise à prix, et lors de la distribu-
« tion du produit de la vente les droits du créancier pour-
« suivent et des autres créanciers leur seraient préférés (1). »

Toute personne a le droit de prendre connaissance au Grundbuch des communications et des productions (2). Au moment de l'adjudication, la mise à prix (*Geringstes Gebot*) doit être égale à la somme suffisante pour désintéresser les créanciers antérieurs au poursuivant (3) (*Deckungs princip*).

La partie du prix dépassant la mise à prix doit être payée comptant. Au contraire, la partie du prix égale à cette mise à prix est soumise, quant à son paiement, aux modalités des créances originaires contre le saisi et qui

(1) Cet article organise la procédure d'ordre qui n'est donc pas subséquente, mais concomitante de la procédure de saisie immobilière en ce qui concerne la fixation de mise à prix. Cfr. *infra*.

(2) § 42 de la loi. — Cette publicité remplace avantageusement celle du cahier des charges au greffe, et remplace non moins bien le cahier des charges lui-même, car le Grundbuch donne ces indications avec une certitude que le cahier, quelque bien rédigé qu'il soit par hypothèse, ne peut guère avoir.

(3) C'est là une grave et heureuse innovation qui, d'un coup, empêche deux abus (sauf si le créancier poursuivant est premier créancier hypothécaire ou s'il n'y a pas d'hypothèques) : 1° la fixation d'une mise à prix dérisoire capable de jeter le discrédit et d'empêcher la chose d'être vendue à son plus haut prix; 2° le droit abusif, comme dans notre législation, pour un créancier de faire saisir, souvent à contre-temps et dans l'unique but de nuire à son débiteur, alors que ce créancier sait fort bien que la vente ne le remplira nullement du montant de sa créance. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette disposition. Cfr. *infra*.

ont servi à fixer cette mise à prix (1) (*Uebernahmeprincip*).

Une caution égale au dixième de la partie de l'enchère, payable comptant, ou égale aux frais, s'ils dépassent cette partie, peut être exigée de l'enchérisseur par tout intéressé dont le droit serait lésé par le non-paiement du prix (2).

L'ordonnance d'adjudication rend le plus fort enchérisseur propriétaire (3); mais, si ce plus offrant a cédé à un autre le droit qui résulte de son enchère, et que celui-ci se soit engagé à remplir les obligations qui en dérivent, l'adjudication sera poursuivie au profit de cette personne, le *command* de notre droit.

Le *command* peut être révélé même après l'adjudication : dans ce cas, le *command* et l'adjudicataire sont tenus *solidairement* (4).

La procédure s'entame par une saisie (5) (6) dont l'effet est de retirer au débiteur l'administration et la jouissance de l'immeuble (7). Toutefois, et cette remarque pourrait trouver place au chapitre suivant, si le débiteur habite

(1) § 49 de la loi. — L'acquéreur a donc généralement un délai pour se libérer : cette mesure est deux fois excellente : elle permet l'accès de l'enchère à des acheteurs sérieux, mais qui n'ont pas comptant toute la somme nécessaire au paiement de l'immeuble, et en second lieu les créanciers conditionnels ou à terme ne sont pas remboursés comme dans notre purge (C. P. C., art. 717 rectifié), ce qui est juste, tandis qu'ils sont payés chez nous avant l'échéance, ce qui peut, en outre, parfois leur causer un préjudice, s'ils ont fait un bon placement pour un long temps et à un taux avantageux.

(2) §§ 67 et 68 de la loi. Cette disposition supprime presque complètement la folle enchère et sa procédure.

(3) § 81 de la loi.

(4) § 81, *in fine*.

(5) § 147 de la loi.

(6) § 148.

(7) *Ibid.*, *in fine*.

l'immeuble, on doit lui laisser le logement nécessaire à son habitation (1).

Le Tribunal doit nommer un administrateur (2) qui se fait délivrer l'immeuble (3).

Il peut être tenu à fournir caution et est révocable par le Tribunal (4).

La loi se termine par l'examen des formalités relatives à la vente des navires (5) et de la vente et de l'administration forcées dans des cas particuliers (6) (en matière de faillite et de partage), prescriptions qui n'appartiennent pas à l'exécution forcée dans le sens rigoureux du mot et n'offrent pas cette fois un grand intérêt au lecteur français.

L'esquisse que nous venons de tracer nous permet de comprendre dans son ensemble le caractère des deux législations en même temps qu'elle nous a mis à même à l'occasion de faire quelques études de détail sur leurs ressemblances ou leurs originalités respectives. Il nous reste maintenant à opposer les caractères généraux, l'économie, la philosophie juridique pour ainsi dire de ces deux lois, ainsi que les perfectionnements résultant de leurs systèmes différents.

Le plan de la loi allemande était déjà indiqué d'une façon magistrale dans les travaux préparatoires de la loi de 1883. L'idée directrice de cette loi était de concilier les

(1) § 149.

(2) § 150.

(3) § 151, *in fine*; — § 152.

(4) § 154.

(5) Section II, §§ 162 à 171. L'expression *navires* comprend ceux des fleuves et de la haute mer.

(6) Section III, §§ 172 à 184.

intérêts du créancier et du débiteur, ce qui, d'après le législateur prussien, serait assez facile, car ils ne sont antagonistes qu'au premier abord : les mesures en faveur du créancier en protégeant le crédit et en l'exaltant, tournant en définitive également à l'avantage du débiteur.

Le premier effet de la loi allemande, se séparant ainsi complètement de la loi française, est de créer une saisie immobilière d'office, *automatique*, suivant le mot de M. de La Grasserie (1), qui se déroule d'elle-même devant le Tribunal et n'a pas besoin de la sollicitude de tous les instants de la partie et de son avoué, sans compter les tiers intéressés, les créanciers hypothécaires par exemple. Le système allemand supprime ces inquiétudes souvent trop bien fondées. Le jugement initiatif de cette procédure équivaut à une saisie dès qu'il est inscrit au Grundbuch ; dès lors le sort des créanciers hypothécaires est fixé, on n'a qu'à examiner ce même Grundbuch pour les voir se révéler avec certitude : c'est évidemment dans la matière qui nous occupe que l'on voit avec le plus de netteté le triomphe du Grundbuch sur notre régime hypothécaire, puisque ce livre permet à la fois la transcription, la purge dans les conditions normales que nous connaissons, les hypothèques, et enfin l'idéalisation de l'immeuble qui permet la création du bon foncier (2).

Cette idéalisation, rappelons-le en passant, permet en même temps dans la matière qui nous occupe de ne plus saisir avec panonceaux et brandons, ni même réellement

(1) De La Grasserie, *ibid.*, introduct., p. cxxxiii.

(2) Voir sur le Grundbuch une excellente note de M. Gide, *Annuaire de législation comparée*, 1872, p. 236, note 1, qui toutefois n'est plus tout à fait aussi exacte depuis les remaniements législatifs subséquents.

et matériellement, comme en droit français moderne, mais bien figurativement sur la page du Grundbuch au lieu de la terre ou de la maison.

La seconde innovation de la législation étrangère que nous étudions est l'introduction d'autres modes de satisfaction *lato sensu* du créancier saisissant. Notre loi ne reconnaît que la saisie aboutissant à la vente dont le produit est attribué à ce créancier.

La vente est un moyen souvent dangereux : il peut arriver et en fait il arrive le plus souvent, que l'instant choisi pour vendre ne soit pas propice, soit à cause des circonstances extérieures, politiques ou autres, soit parce que l'immeuble ou le fonds n'est pas aisément vendable par suite de circonstances diverses : améliorations ou transformations non terminées par exemple. La pratique parisienne connaît plus d'un entrepreneur devenu millionnaire par suite de la manœuvre suivante : le propriétaire qui faisait construire ne pouvant verser les acomptes convenus au fur et à mesure des travaux, l'entrepreneur le poursuivait sans pitié, faisait vendre l'immeuble *en construction*, et comme personne ne se soucie d'acheter une maison à moitié bâtie, il l'acquerrait à vil prix et la terminait lui-même.

La vente a surtout les conséquences les plus funestes pour le débiteur ; dans la plupart des cas elle n'atteint pas le prix réel de l'immeuble ; les frais une fois couverts il ne reste rien au débiteur et il est ruiné, sans compter que l'expropriation de l'immeuble porte au débiteur un coup plus rude et une déchéance presque fatale que la saisie mobilière n'amène pas en général avec elle.

Dans le droit étranger que nous étudions, la vente aux

enchères n'est pas l'unique moyen de réaliser la saisie. Il existe encore deux autres modes d'exécution : l'inscription au Grundbuch de l'hypothèque reconnue par jugement (1) et l'administration forcée (2) (*Zwangsverwaltung*).

L'inscription au Grundbuch, on ne peut en faire un meilleur éloge, est utile à la fois au créancier et au débiteur : au créancier, s'il n'a pas besoin d'argent comptant, et s'il préfère, au lieu de recevoir le montant intégral de sa créance, en toucher seulement les intérêts, s'ils lui sont accordés par jugement, et faire un bon placement. Cette mesure est également favorable au débiteur, puisque l'immeuble reste sa propriété, et, au lieu d'être vendu, est seulement grevé d'une hypothèque. Dans ce cas le débiteur est laissé en possession du bien et la ruine sera probablement évitée (3). C'est enfin un avantage soit pour le créancier, soit pour le débiteur en ce sens que les frais de vente sont évités.

L'administration forcée (4) procède de la même idée, mais l'on peut dire que, si l'inscription au Grundbuch a quelques points de ressemblance avec notre hypothèque

(1) Cfr. loi du 13 juillet 1884, partie 1^{re}, titre II. — Cfr. égal^t C. P. C. all., §§ 866 à 868; Krech et Fischer, *loc. cit.*, Remarques préliminaires *sub* § 6 de la loi de 1883. — Il est de plus à remarquer que le législateur a attribué — faussement suivant la doctrine allemande elle-même — un caractère *exécutoire* à l'hypothèque en cette matière qui n'est pourtant qu'une mesure *conservatoire*, et non un acte *exécutoire*. Enfin l'hypothèque exécutoire ne peut avoir lieu : 1^o si la dette est inférieure à 300 m.; 2^o en cas d'Arrestbefehl; 3^o cette hypothèque, s'il y a pluralité d'immeubles, est répartie, sur ces immeubles au prorata de leur valeur; il n'y a donc pas d'obligation corréale. (C. P. C. all., §§ 866 et 868 nouv.).

(2) Cfr. loi du 24 mars 1897, titre III, art. 146 à 161.

(3) Exposé des motifs de la loi prussienne de 1883.

(4) *Zwangsverwaltung*. Cfr. loi du 24 mars 1897, tit. III.

judiciaire, l'administration forcée est tout à fait inconnue dans notre droit. Nous avons analysé le mécanisme de cette procédure qui comporte la nomination d'un administrateur par le tribunal (1), révocable et surveillé par lui (2) chargé de la gérance de l'immeuble (3), et de répartir les produits de l'immeuble, suivant certaines règles (4), entre les intéressés.

Cette procédure aboutit aux mêmes résultats pratiques que la précédente ; elle est utile à la fois au débiteur et aux créanciers. A ces derniers, s'ils n'ont pas besoin de fonds immédiatement, elle peut procurer un placement avantageux ; à ceux-là elle conserve l'immeuble et elle a l'avantage de les libérer peu à peu de leur dette tout en sauvegardant leur patrimoine.

La troisième particularité vraiment remarquable de la procédure étrangère que nous étudions, c'est que la saisie immobilière ne peut plus être intentée avec succès comme en France, par un créancier quelconque (5) hypothécaire, *quel que soit son rang*, quand bien même ce créancier aurait la certitude de ne jamais arriver en rang utile pour être payé, poursuites intentées dans le seul but de nuire au débiteur pour forcer la vente, peut-être aussi parfois pour entraîner malgré eux les autres créanciers à vendre et obliger ces créanciers plus patients, par tempérament

(1) Loi du 24 mars 1897, § 150.

(2) Le trib. civ. peut condamner l'administrateur négligent jusqu'à 200 marcks d'amende (250 fr.) avant de le révoquer (art. 153 de la loi).

(3) § 152 de la loi.

(4) § 155 de la loi.

(5) La loi française prescrit de *discuter* les biens meubles du mineur avant les immeubles (C. C., art. 2206).

ou par calcul, à lui rembourser son dû pour se débarrasser de lui.

Cette combinaison, presque un chantage, peut encore s'exercer sous l'empire de notre législation, mais ne peut avoir lieu en droit allemand actuel (1). Cet inconvénient est évité, en effet, par le mécanisme si simple de la *moindre enchère* qui sert de mise à prix ; nous savons, en effet, comment le chiffre de cette *moindre enchère* est rigoureusement réglé (2).

Ce système si simple vaut donc mieux que le palliatif que nous avons imaginé dans ce sens sous le nom de *conversion*.

L'exposé des motifs, ainsi que l'étude de la loi de 1883 et de 1897, nous révèle un quatrième élément déjà connu (3) apporté par le législateur allemand. Nous voulons parler de la faculté pour l'acquéreur de ne payer comptant qu'une partie du prix d'acquisition.

Les avantages de ce système sont aussi nombreux qu'intéressants, nous venons déjà d'en relever deux ; les créanciers à terme ne sont pas déchus de ce bénéfice et l'enchérisseur peut ne pas payer toute son acquisition comptant : de plus les formalités de la purge n'existent guère que pour les créanciers hypothécaires venant après l'acqué-

(1) L'auteur des travaux préparatoires de la loi prussienne de 1883 a recherché quelle était la proportion des poursuites ainsi intentées sans effet utile et a trouvé que, pendant les années 1881, 1882 et 1883, il y avait environ 20 0/0 des saisies-immobilières dont les poursuivants n'étaient pas venus en ordre utile, et qui n'avaient même pas suffi à remplir les créanciers mieux placés. Nous ignorons si une statistique pareille existe en France, en tout cas, nous n'avons pu en trouver trace.

(2) Cfr. *suprà*.

(3) Cfr. *suprà*.

reur (1). A notre avis enfin la conséquence la plus heureuse de ce système est la faculté laissée à l'acquéreur de n'acquitter qu'une partie du prix, sans que les créanciers hypothécaires aient à pâtir de son insolvabilité, bien plus sans qu'il soit même question de cette insolvabilité.

Faire crédit à ~~quelqu'un~~ sans s'inquiéter de son insolvabilité semble être un paradoxe et pourtant la procédure que nous étudions en a fait une réalité. En effet, les créanciers antérieurs n'ont-ils pas précisément leur droit sur l'immeuble et qu'ont-ils à s'occuper de la solvabilité du nouvel acquéreur à leur égard ?

Il existe enfin un dernier avantage au système que nous étudions ; nous y avons déjà fait allusion comme étant une conséquence logique et une application forcée du Grundbuch : il n'y a plus à proprement parler de saisie *matérielle* sur l'immeuble ; nous avons déjà fait remarquer que son idéalisation est telle que, suivant une heureuse expression, le Grundbuch se substitue à l'immeuble, est lui-même l'immeuble idéal et c'est sur la page du livre que la saisie, idéale elle-même, s'accomplit.

Nous ne reviendrons pas sur l'économie de cette disposition et les frais, délais, aussi bien que nullités possibles de procédures évités. Nous nous contenterons de faire remarquer en terminant que la saisie immobilière allemande a complètement changé de caractère. Ce n'est plus, suivant l'heureuse expression des auteurs des travaux préparatoires de la loi de 1883, un acte collectif émanant d'abord d'un premier poursuivant, mais auquel devaient prendre part bon gré, mal gré, sous peine des conséquences

(1) R. de La Grasserie, *loc. cit.*

les plus graves, non seulement les autres co-créanciers, mais encore tous les intéressés, c'est au contraire un acte individuel dont l'auteur supportera les conséquences. Le droit des autres intéressés, sauf les créanciers postérieurs, n'est pas troublé, il ne se transforme même pas en un droit sur le prix ; ils ne peuvent donc être appelés à participer à la saisie puisqu'ils y sont étrangers, en un mot ils sont indépendants : notre droit français ne doit-il pas envier un contrat hypothécaire ainsi compris ?

CHAPITRE IV

Limitation du droit d'exécution relativement aux biens et relativement à la personne du débiteur.

§ 1^{er}.

Observations générales.

Nous savons déjà que l'art. 2093 C. civ. franç. portant que le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers, sauf s'ils ont la qualité exceptionnelle de créanciers hypothécaires ou privilégiés (1) est contraire au droit allemand (2). Nous avons vu, en effet, que le droit allemand assimilait le créancier premier saisissant au gagiste et lui donnait un véritable droit de préférence sur les autres cocréanciers. Ce n'est pas là, à proprement parler, une restriction au droit d'exécution, puisque, en définitive, les règles aussi bien que les exceptions que

(1) On pourrait ajouter le créancier antichrésiste, le créancier paulien et aussi le créancier dans les divers cas où il est armé du droit de rétention.

(2) C. P. C. all., 804, 709 anc.

nous venons de rapporter ne limitent en rien le droit d'exécution *sur la masse* du patrimoine du débiteur, et n'interviennent seulement que pour en régler l'attribution.

Il existe, au contraire, d'autres prescriptions qui restreignent précisément cette masse, et ce, dans des buts divers. Nous verrons que le législateur a été très généralement déterminé par des raisons d'humanité, de nécessité supérieure de l'Etat, de protection de la famille, et dans certaines législations toutes modernes, de conservation du foyer familial (1) : toutefois, nous pouvons classer ces exceptions en deux groupes distincts, suivant qu'elles proviennent de la considération prise de la qualité des biens ou de la qualité de la personne du débiteur.

Avant de procéder à cette énumération, nous croyons utile de définir et de préciser ce qu'on entend par un patrimoine *en tant que gage commun des créanciers*.

Une première restriction apportée à ce droit général est indiquée dans l'art. 2093 C. C. fr. lui-même, quand il énonce que quiconque s'est obligé *personnellement* est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, règle qui est applicable en droit allemand en vertu des mêmes motifs qui l'ont fait adopter dans notre Code.

Il est constant, en effet, qu'une dette quelconque n'engage pas nécessairement le débiteur sur tous ses biens : elle n'engage que celui qui s'est obligé *personnellement*, c'est-à-dire directement. Dans ce cas et dans ce cas seulement, son patrimoine entier répond de son engagement. Si, au contraire, son obligation résulte, non de son fait personnel et direct, mais de la propriété d'un objet soumis à une obli-

(1) *Le Homestead*.

gation, par exemple, affecté spécialement pour répondre d'une dette ou d'un engagement, si, en d'autres termes, s'il est débiteur *indirectement* et *propter rem*, il n'est tenu que sur le bien ainsi affecté : ce seront entre autres l'acheteur d'un bien hypothéqué (1) et le propriétaire qui, refusant de s'obliger personnellement, aura néanmoins offert en hypothèque un de ses immeubles pour garantir la dette d'un tiers (2).

Dans ce cas, l'obligation a pour base et pour garantie unique l'objet placé entre les mains du débiteur *réel*, et ce dernier, le propriétaire de la chose, n'est tenu que parce qu'il la détient « accidentellement, » a-t-on pu dire (3), entre ses mains. Cette proposition est si vraie que, s'il abandonne la chose aux créanciers qui poursuivent leur paiement, ou si elle périt par cas fortuit, l'obligation n'existe plus, *ipso facto*, puisqu'elle n'a plus de cause (4).

Cette exception n'a pas, somme toute, de conséquences juridiques *pratiques* bien importantes : il en est tout autrement en Allemagne.

Plus encore dans ce pays que dans le nôtre, l'idée de l'obligation et de la nature du *vinculum juris* s'est radicalement transformée. Nous n'avons pas la prétention d'écrire un chapitre, nouveau pourtant, et qui serait, croyons-nous, intéressant, sur les diverses phases historiques de cette conception juridique. Il fut d'abord envisagé comme un lien si étroitement personnel entre les deux parties que le droit très primitif romain le considé-

(1) C. C. fr., art. 2166, 2167.

(2) Cfr. Murlon, *Répétitions*, III, nos 1214 et 1237.

(3) Sic : Murlon, *ibid.*

(4) Cfr. C. civ. fr., art. 654, 802 et 2168, et Murlon, *ibid.*

rait rompu par la mort de l'un des deux co-contractants et lui refusait tout caractère d'intransmissibilité, tant l'*intuitus personæ* avait de force à cette époque primitive. Cet *intuitus* se retrouve d'ailleurs dans l'idée si ancienne de satisfaction donnée au créancier sur la personne du débiteur, soit sur sa vie (1), soit tout au moins sur sa liberté, qui était considérée, cette dernière, il faut bien le dire, jusqu'à nos jours, comme l'équivalent d'un paiement en nature (2).

Dans une seconde période, la conception du *vinculum juris* se transforme, le contractant est bien tenu personnellement, mais on envisage de plus en plus ses biens pour réaliser l'exécution, et on a pu dire avec raison (3) que, si jusqu'à présent on n'atteignait les biens que par l'intermédiaire de la personne, on n'atteint plus désormais la personne que par l'intermédiaire des biens.

Dans une troisième période enfin, l'idée d'obligation continue son évolution et l'*intuitus pecuniæ* remplace définitivement l'*intuitus personæ* : avec la suppression de la contrainte par corps (4), l'idée de satisfaction sur la personne du débiteur a définitivement disparu : il ne reste plus qu'un rapport, non entre créancier et débiteur, mais entre créancier et les biens de ce dernier.

Arrivée à ce point en même temps que nous, la législation étrangère que nous étudions a fait un pas de plus : elle

(1) *Tertiis nundinis partes secanto*, leg. xii tab.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. xii, chap. xxi.

(3) Corniquet, *Du Homestead*, p. 61.

(4) On peut dire que la contrainte par corps a complètement disparu en ce sens que ce qui en subsiste après la loi de 1867 n'a qu'un caractère pénal. La base de la contrainte est dans ce cas tout autre et bannit toute idée de paiement sur la personne à défaut de paiement sur les biens.

reconnait expressément que le débiteur a le droit, s'il le désire, de n'engager qu'une partie de son patrimoine et de garantir le reste de la poursuite de ses créanciers.

Grâce au système si perfectionné du Grundbuch, qui rend en quelque sorte mobilisable le patrimoine immobilier, grâce surtout au Grundschuld, le propriétaire foncier peut déléguer en quelque sorte une partie choisie par lui de sa propriété en paiement ou en garantie, sans qu'il puisse être inquiété sur le reste de sa fortune. Qu'est-ce que le Grundschuld ? La définition du Code civil all. va nous l'apprendre : « Un immeuble peut être grevé de telle « sorte qu'une somme déterminée d'argent soit payable « sur cet immeuble (1) à celui au profit de qui le grève- « ment a eu lieu (2). »

Ce n'est là qu'une des applications, généralisée d'ailleurs par le C. C. all., de ce principe moderne de l'*intuitus pecuniæ*, mais déjà la loi prussienne sur les biens fonciers (3) en avait tiré une autre conséquence des plus remarquables : Le débiteur qui rembourse un de ses créanciers hypothécaires prend le lieu et place de ce créancier dans le rang que celui-ci occupait : il a le droit exprès de se faire céder cette hypothèque et d'être inscrit personnellement, en un mot d'être subrogé : aurait-on pu concevoir dans le droit ancien une hypothèque sur un débiteur qui aurait été en même temps son propre créancier ?

C'est là encore une dérogation flagrante au principe suivant lequel les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, puisque dans cette dernière hypothèse les

(1) *Ex fundo, seu ex pretio vel fructibus.*

(2) C. C. all., art. 1191.

(3) Loi du 5 mai 1872, § 63.

créanciers hypothécaires subséquents seront primés dans le partage du patrimoine par un pseudo-co-créancier qui n'est autre que le débiteur lui-même.

La dernière création, et la plus perfectionnée résultant de cet ordre d'idées, est le *bon foncier* (Grundschedbrief), véritable billet de banque foncier (1) pouvant être au *porteur* (2) qui sera payé (et cette fois indépendamment de toute idée de créance) d'après le rang qu'il occupe suivant la date à laquelle il aura été émis. Ici la notion de la personnalité du débiteur disparaît complètement, à tel point que ce dernier peut avoir une créance sur son bien, s'il détient, s'il est porteur de son propre bon.

D'ailleurs, si l'immeuble grevé du bon foncier ne suffit pas à remplir le porteur du bon, l'auteur originaire de ce bon, c'est-à-dire le propriétaire du fonds, ne sera nullement tenu sur ses autres biens.

Dans le même ordre d'idées, il y a également une exception considérable à la règle posée par l'article 2093 du Code civil français, c'est le droit pour l'associé de certaines sociétés généralement commerciales de limiter sa responsabilité à sa mise : c'est là précisément la caractéristique de la société anonyme, et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle on a longtemps suspecté la légalité de ces sociétés qui battaient audacieusement en brèche le principe général de l'article 2093 : en effet, dans ce cas, l'associé disparaît, il n'est pas tenu personnellement, ce sont les biens, c'est l'actif, et l'actif seul de la société (3) qui répond de son propre passif. Cette société sera, selon

(1) Corniquet, *loc. cit.*

(2) O. Fischer et W. Heule, *Comment. du C. civ. all.*, sub § 1195.

(3) Corniquet, *Le Homestead*, p. 69.

la typique expression anglaise, la « *limited company*, » c'est-à-dire tenue dans la limite de ses propres biens (1).

A ces graves exceptions s'en ajoutent d'autres qui limitent encore dans tous les cas, et dans les deux législations, le droit du créancier sur la masse des biens du débiteur. Cette fois, le motif est tout autre, et si le créancier ne peut saisir, c'est qu'il ne profiterait point de cette saisie, faute de pouvoir se mettre au lieu et place de son débiteur, parce que la jouissance de certains droits ne saurait être séparée de la personne qui les exerce. Ce seront les droits d'usage et d'habitation par exemple, et, s'il existe des prescriptions formelles, dans le Code civil français, notamment, pour défendre de céder et de louer ces droits (2), c'est qu'ils sont incessibles et par suite non susceptibles d'être transformés en argent (3) (4).

Hormis ces exceptions le patrimoine du débiteur est

(1) De même la législation allemande connaît la Société à responsabilité limitée (mit beschränkter Haftung) (loi d'Emp. du 24 avril 1892). — Cette limitation du passif existe aussi dans la société par actions (C. co. all., § 178). — De même dans les sociétés en commandite (C. co. all., § 320), et en matière de commandite simple (C. co. all., § 161).

(2) C. civ. fr., art. 631 et 634.

(3) On pourrait ajouter le droit de jouissance légale (C. civ., art. 384) qui paraît incessible non par suite d'une disposition particulière de la loi, mais bien par suite de sa nature même ; ainsi que toutes les créances ayant nettement un caractère alimentaire. Cfr. C. P. C. fr., art. 531 et 582.

(4) Sic : Mourlon, III, n° 1238. — M. Baudry-Lacantinerie indique dans son énumération l'inaliénabilité de la dot : nous croyons qu'il y a là une confusion. Cette inaliénabilité résulte, croyons-nous, non de la nature de ce droit, mais d'une disposition particulière arbitraire, dirions-nous, de la loi. La preuve en est qu'on pourrait fort bien concevoir, que des législateurs ont conçu la dot aliénable et le législateur français lui-même a apporté à son œuvre quelques exceptions qui montrent que la règle ne découle pas de la nature des choses, n'est pas inflexible et est un pur concept juridique.

bien le gage commun des créanciers, abstraction faite, ainsi que nous l'indiquions en commençant, de la qualité de ces derniers, et se trouve ainsi nettement délimité.

Il ne nous reste plus qu'à examiner dans quels cas, cette fois particuliers, la loi y a apporté d'importantes restrictions, soit qu'elle envisage la qualité de la personnalité du débiteur ou la qualité de ses biens (1).

§ 2.

Sur quels biens peut-on exécuter?

Il existe une catégorie d'exceptions restreignant l'exécution eu égard à la qualité des biens du débiteur, résultant de l'art. 592 C. P. C. fr., auquel nous allons compa-

(1) Ces prohibitions fondées généralement, ainsi qu'on le verra, sur des motifs d'humanité ou d'intérêt public, sont fort anciennes dans l'histoire du droit. Beaumanoir déclare que « li [le débiteur] doit-on pas des-pouiller sa robe qu'il a accoustumé à vestir cascun jor. » La coutume de Bretagne défend de saisir le lit, la pâte, le pain, et les vêtements journaliers, « car ils ne pourroient vivre sans icelles choses, et on ne doit à mie oster la vie s'il ne l'a desservie par sa mauvasie. » Beaucoup de coutumes prohibaient la saisie des ustensiles et animaux nécessaires à la culture, et ce dans un intérêt général « car les labouraiges son faits pour profits communs. » L'ordonnance de Sens rendue par Charles V en 1367 (art. 3) prescrit de ne saisir les bêtes de trait qu'à défaut d'autres biens.

La nouvelle coutume de Bretagne (art. 224) défend à nouveau la saisie du lit, du pain et de la pâte. Henri IV (Déclaration de 1595) défend de saisir les ustensiles et animaux servant au labourage. — Enfin l'ordonnance de 1667 (art. 14 et 16) édicte les dispositions qui sont à peu près reproduites dans notre Code : L'habit, une vache, trois brebis ou deux chèvres sont insaisissables, sauf par le propriétaire et par celui qui exécute pour se faire payer de ces objets ou de ces animaux. Pothier (n° 449) déclare insaisissables les moulins et outils servant à confectionner la laine et le coton. Les feuilles de mûrier sont insaisissables dans le Languedoc (Sic : Merlin, *Rép.*, v° *Exécution*, §§ 4, 10, 17).

rer les articles presque identiques du C. P. C. all. (1).

Dans les deux législations on a considéré, avec raison, que certains biens, soit à raison de leur nature, soit à raison de leur utilité ou de leur nécessité absolue, devaient avoir le caractère alimentaire *lato sensu*, c'est-à-dire indispensables à l'existence du saisi, ou tout au moins nécessaires à ses premiers besoins. L'énumération de ces deux articles suffira, croyons-nous (2), avec le bénéfice des observations suivantes :

(1) C. P. C. all., § 811 (715 ancien remanié) et 812 nouveau.

(2) Nous nous contenterons de reproduire l'art. 592 C. P. C. fr. auquel nous joignons la traduction de l'art. 811 C. P. C. all. (715 ancien):

ART. 592 C. P. C. fr. — Ne pourront être saisis : 1° Les objets que la loi déclare immeubles par destination ; 2° le coucher nécessaire des saisis, ceux de leurs enfants vivant avec eux, les habits dont les saisis sont vêtus et couverts ; 3° les livres relatifs à la profession du saisi jusqu'à la somme de 300 fr. à son choix ; 4° les machines et instruments servant à l'enseignement pratique ou exercice des sciences et arts jusqu'à concurrence de la même somme et au choix du saisi ; 5° les équipements des militaires suivant l'ordonnance et le grade ; 6° les outils des artisans nécessaires à leurs occupations personnelles ; 7° les farines et menues denrées nécessaires à la consommation du saisi et de sa famille pendant un mois ; 8° enfin, une vache ou trois brebis ou deux chèvres au choix du saisi avec les pailles, fourrages et grains nécessaires pour la litière et la nourriture desdits animaux pendant un mois.

§ 811 C. P. C. all. — Ne pourront être saisis : 1° Les vêtements, les lits, le linge, les ustensiles de ménage et de cuisine, spécialement les fourneaux et foyers, en tant que ces objets sont indispensables aux besoins du débiteur ou pour l'entretien convenable de sa maison ; 2° les aliments, combustible et éclairage indispensables au débiteur, sa famille et ses domestiques pour une période de quatre semaines, ou bien, s'il n'en existe pas pour une période de deux semaines et qu'ils ne soient pas assurés d'une autre façon, une somme d'argent nécessaire pour se les procurer ; 3° une vache laitière, deux chèvres ou deux brebis au choix du débiteur y compris le fourrage et la litière nécessaires pour quatre semaines, une somme d'argent nécessaire pour se les procurer, lorsque les animaux ci-dessus constituent les moyens d'existence nécessaires au débiteur, à sa famille et à sa domesticité ; 4° les instru-

L'énumération allemande des divers objets déclarés insaisissables est incontestablement plus complète et envisage plus d'hypothèses que notre Code de procédure (1) : nous tenons à faire cette remarque pour insister une fois de plus sur le parti pris par la législation étrangère de ré-

ments, le bétail et l'engrais nécessaires aux agriculteurs ainsi que les produits de l'agriculture qui sont indispensables pour continuer la culture jusqu'à l'époque prévue où des produits similaires ou semblables seront acquis ; 5° les outils indispensables à la continuation de l'industrie des artistes, artisans, ouvriers de fabriques et autres personnes qui tirent leur gain de leur travail manuel ou de prestations personnelles ; 6° les outils indispensables à la continuation de l'entreprise par le moyen d'un représentant dans le cas où les héritiers mineurs des personnes désignées au § 5 (précédent) voudraient continuer l'entreprise pour leur compte et par ce représentant ; 7° en ce qui concerne les officiers, officiers mariniens, fonctionnaires, ecclésiastiques, instituteurs dans des établissements publics d'instruction, avocats-avoués (Rechtsanwälte), notaires, médecins et sages-femmes, les objets nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions ou professions, ainsi qu'un habillement convenable ; 8° en ce qui concerne les officiers, médecins militaires, officiers mariniens, fonctionnaires, ecclésiastiques, médecins et instituteurs dans des établissements publics, une somme d'argent équivalente à la partie déclarée insaisissable du traitement ou de la pension, depuis le jour de la saisie jusqu'à la prochaine échéance des arrérages de la pension ou du traitement ; 9° les ustensiles, vases et produits indispensables pour l'exploitation d'une pharmacie ; 10° les livres dont le débiteur et sa famille se servent à l'église, à l'école ou autres établissements d'instruction, ou bien destinés aux prières domestiques ; 11° les livres de commerce, de dépense de maison, papiers de famille, ainsi que les anneaux de mariage (alliances), les ordres et décorations ; 12° les membres artificiels, lunettes et autres appareils destinés à venir en aide aux infirmités corporelles, pourvu que ces objets soient destinés à l'usage du débiteur et de sa famille ; 13° les objets destinés à servir immédiatement à un ensevelissement.

(1) Le Code de procédure civile allemand (art. 812 nouveau) contient également une disposition restrictive intéressante, qui a, croyons-nous, le défaut de manquer quelque peu de précision. En voici la traduction : « Les objets de la catégorie des ustensiles domestiques et dont le débiteur fait usage pour sa maison ne doivent pas être saisis, lorsqu'il est, sans plus, présumable que leur réalisation sera hors de toute proportion avec leur valeur. »

gler par des dispositions légales ce que nous abandonnons à juste titre, croyons-nous, à la jurisprudence dont nos voisins entendent, paraît-il, se passer, grâce précisément à la multiplicité des prescriptions. La disposition qui permet, à défaut de deux mois de vivres pour le débiteur ou de fourrage pour les animaux, d'attribuer une certaine somme équivalente en valeur est aussi heureuse que juste et humaine : de pareilles provisions ne se trouvent d'ordinaire que chez les gens de la campagne et ayant de plus un certain bien-être, elles ne se trouvent pour ainsi dire jamais à la ville où l'on vit davantage au jour le jour, de sorte que, sans cette disposition que nous regrettons de ne pas trouver dans notre Code, le débiteur de la ville et, en tous cas, le débiteur déjà dans l'indigence ne sont nullement protégés (1). C'est donc là une correction doublement heureuse et qui nous permet de dire que notre étude sur ce point n'a pas seulement ce que nous appellerions un intérêt comparatif.

Dans un second ordre d'idées, nous connaissons déjà, en grande partie, l'article 581 du Code de procédure civile français. Il ne nous reste plus qu'à étudier la disposition déclarant insaisissables « les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur » (2).

Dans l'hypothèse qui nous occupe, accorder à cette déclaration du donateur ou du testateur toute la portée qu'on

(1) De plus, en cas d'exécution immobilière par voie de séquestre judiciaire (Zwangsverwaltung), il doit être réservé dans l'immeuble un logement pour le débiteur et sa famille. (Loi d'Empire du 24 mars 1897, § 149).

(2) Req., 10 mars 1882, D. 52, 111 et 112; — Req., 27 juill. 1863, D. 64, 1, 494 et note; — 20 déc. 1864, et sur renvoi Toulouse, 4 mars 1867, D. 67, 2, 61.

serait tenté de lui attribuer serait léser les droits de certains créanciers du bénéficiaire, et nous verrons lesquels, qui pouvaient compter sur cet élément du patrimoine de leur débiteur. Ce serait surtout économiquement une grande faute de laisser créer ainsi les plus sérieuses entraves à la libre circulation des biens. Les restrictions seront donc de deux sortes : relativement à une certaine catégorie de créanciers, et relativement à la durée de cette insaisissabilité.

Les créanciers doivent se distinguer en deux classes : ceux antérieurs et ceux postérieurs à la libéralité. Les créanciers antérieurs n'ont pas de motifs de ne pas reconnaître cette insaisissabilité : en contractant avec le futur bénéficiaire, ils n'ont pu compter, pour être payés, sur un legs ou une donation qu'ils ignoraient sans doute, et que, s'ils prévoyaient, ils ne pouvaient considérer avec certitude comme devant tomber dans le patrimoine de leur débiteur, puisque le testateur ou le donateur était libre jusqu'au dernier instant de ne pas accomplir sa libéralité et de faire un usage quelconque de sa fortune. En outre, et c'est là un argument plus probant, il est probable que si le testateur ou le donateur n'avait point eu la faculté d'imposer l'insaisissabilité à sa libéralité, il ne l'aurait certainement pas effectuée, voyant qu'elle serait infailliblement dévorée par le passif du bénéficiaire, et, dans ce cas encore, les créanciers n'auraient rien eu. De quoi peuvent-ils donc se plaindre, si cette libéralité leur échappe ?

Il n'en est pas de même pour les créanciers *postérieurs* du bénéficiaire : ils ont pu légitimement compter sur le patrimoine de leur débiteur, ils ont pu en ignorer la compo-

sition et les conditions ; ils ont traité, ont fait des fournitures en se confiant à cet apparent crédit.

L'insaisissabilité pourra-t-elle leur être opposée ?

La question est délicate, car, si d'une part les créanciers ont des droits et des intérêts dans l'espèce très légitimes, la clause expresse du donateur n'en existe pas moins, et il est toujours aussi vrai de dire que, sans l'insaisissabilité, il n'aurait sans doute point effectué sa libéralité.

La jurisprudence n'a pas tranché la question d'une façon radicale : elle a tâché, autant que faire se pouvait, de concilier les intérêts des deux parties et elle a armé le juge d'un double pouvoir : il pourra, en fait, apprécier la bonne foi du créancier, et il pourra en second lieu fixer un *quantum* saisissable et plus ou moins élevé selon le cas (1).

Il existe enfin une seconde restriction importante à cette déclaration d'insaisissabilité, c'est qu'on admet que l'effet d'une telle clause est purement personnel au bénéficiaire et ne s'étend pas à ses successeurs. Il n'existe plus dans notre droit (2) et il ne peut exister avec les idées économiques modernes des biens frappés d'insaisissabilité complète. Si la loi avait voulu consacrer une si grave dérogation, elle l'aurait certainement entourée de toutes les garanties désirables : publicité à l'égard des tiers, etc. Or, elle ne l'a point fait. D'ailleurs, quel est le but le plus ordinaire de ces donations ? Faire une libéralité qui profite réellement au bénéficiaire et ne tombe pas au pouvoir de ses créanciers. Si la chose donnée passe entre les mains de successeurs du bénéficiaire, ces derniers ne peuvent soutenir qu'ils ont été

(1) Sic : Boitard, Colmet d'Aage et M. Glasson, *ibid.*, p. 256. Cfr. D. 52, 1, 3 ; — C. civ. annoté de D. sub art. 901, nos 199 et 200.

(2) Abolition des majorats.

l'objet de la même sollicitude de la part du donateur et la clause devient sans objet (1). Il est toutefois intéressant de signaler que cette espèce ne s'est présentée qu'une fois à notre connaissance devant les tribunaux et que la Cour, dans son arrêt, a paru éviter de résoudre ce point spécial (2).

Cette faculté pour le donateur ou le testateur d'insérer une clause d'insaisissabilité est-elle admise en Allemagne?

Le C. P. C. all. est muet sur ce point à la différence du nôtre, et l'énumération des §§ 811 et 850 du C. P. C. all. (715 et 749 anciens) ne paraît avoir rien de limitatif, puisqu'on peut fort bien concevoir que les lois particulières des États Confédérés édictent d'autres cas d'insaisissabilité et ajoutent par conséquent des cas nouveaux aux textes que nous venons de citer. Il en est ainsi par exemple du § 1981 du Code civil badois, qui n'est que la reproduction de notre article 1981 C. civ. fr., et qui dispose que la rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. L'argument *a contrario* tiré de l'énumération prétendue limitative des §§ 811 et 850 serait donc détestable. Toutefois notre remarque n'a qu'une exactitude, pour ainsi dire provisoire, jusqu'à ce que le nouveau Code civil allemand soit en vigueur (1^{er} janvier 1900).

La solution alors sera tout autre. Le siège de la matière organisée par le C. C. all. se trouve dans le § 399 qui est ainsi conçu : « Une créance ne peut être cédée lorsque la prestation ne peut avoir lieu vis-à-vis d'un autre que le créancier primitif, sans modification de sa teneur, ou bien lorsque la cession est exclue par suite d'un accord avec le débiteur. » Cet article, à lui seul, eût été incontestablement

(1) D. 67, 2, 61, et la note.

(2) Toulouse, audience solenn., 4 mars 1867, D. *ibid.*

défectueux ; il eût eu le double tort d'admettre toute une série parfaitement injustifiée de créances insaisissables de par la seule volonté des contractants et il est probable qu'une pareille clause eût été rapidement *de style* et ajoutée à toutes les conventions ; sans compter qu'un débiteur de mauvaise foi aurait eu l'occasion trop belle de se rendre insolvable en passant tout son avoir à un compère, à condition que ce dernier le lui rétrocède avec la clause d'insaisissabilité : c'était bien là en effet ce que permettait cet article, et ses premiers commentateurs, sans en déduire toutes les conséquences, en posaient cependant déjà bien nettement les principes (1).

Une telle lacune devait être comblée, et au lieu de faire une addition rectificative dans le Code civil all. lui-même, la correction a été insérée au contraire dans la refonte du Code de procédure civile all. sous la forme d'un § 749 *bis* devenu définitivement le § 851 nouveau.

La traduction de cet article, après nos explications antérieures, nous dispensera à elle seule d'en donner un long commentaire (2) : « Une créance n'est soumise à la saisie, sauf prescriptions spéciales, que lorsqu'elle est cessible. »

« Une créance incessible, aux termes du § 399 du Code civil (all.) ne peut être saisie et être recouvrée (3) que quand l'objet dû est soumis lui-même à la saisie. »

(1) R. Foertsch, *Exposé comparatif du Code civil français et du Code civil allemand* (Vergleichende-Darstellung des C. c. und des B. G. B., p. 292).

(2) C. P. C. all., § 851 nouveau.

(3) Ce mot fait allusion à une disposition spéciale du § 835 C. P. C. all. (736 ancien) qui règle l'exécution en matière de créance portant sur une somme d'argent : en ce cas elle est adjugée, on pourrait dire déléguée au créancier en lui laissant le choix, soit de l'accepter aux

Grâce à cet article, les inconvénients que nous venons d'indiquer ne sont plus qu'imaginaires.

Il n'est donc plus exact de dire, comme le prétendaient les premiers commentateurs du C. C. all., avant l'apparition il est vrai de l'édition refondue du C. P. C. all., qu'en cas d'insertion de clause d'insaisissabilité dans un contrat de rente viagère à titre gratuit, cette clause, permise par notre Code (1981 C. C.), mais qui ne se retrouve nulle part dans le nouveau C. C. all., pourrait toutefois être valable en vertu du § 399 du même Code portant généralement que l'objet des conventions peut être insaisissable, si ces dernières contiennent un accord entre les parties portant sur cette insaisissabilité (1). Nous venons de voir au contraire que le § 851 (nouveau) C. P. C. all. restreint la disposition du Code civil, dans la proportion que nous avons indiquée.

Pour connaître la validité de l'insertion de la clause d'insaisissabilité dans une créance dans le nouveau droit allemand, il faut combiner les deux §§ 399 C. civ. all. et 851 C. P. C. all.

De cette juxtaposition il nous paraît ressortir (car les documents nous font nécessairement défaut pour ce droit qui n'a encore jamais été appliqué) que, si, d'une part, cette clause est reconnue valable aux termes du § 399 qui l'autorise expressément, du moins est-elle restreinte dans ses effets et ne peut s'appliquer aux créances dont l'objet

fin d'en faire rentrer, d'en recouvrer le montant, *in vim assignationis*, soit de l'accepter à titre de paiement à sa valeur nominale, *in vim cessionis*. Dans ce dernier cas la créance devient la propriété du saisissant qui est considéré comme remboursé de sa créance contre le débiteur jusqu'à concurrence de la créance saisie.

(1) *Sic* : Foertsch, *loc. cit.*, p. 293.

est insaisissable. Si nous recherchons quelles sont les créances dont l'objet n'est pas saisissable, nous en trouverons, croyons-nous, deux classes : celles qui sont déclarées telles par la loi et notamment par les §§ 811 et 850 C. P. C. all. que nous venons d'étudier (1), et enfin celles qui ne sont pas susceptibles d'appropriation par leur nature même : usage, habitation, etc., de sorte qu'il nous semble qu'en fait la règle de l'art. 399 C. civ. all. est presque annihilée en matière d'exécution par l'exception de l'art. 851 C. P. C. all., et que, si la clause d'insaisissabilité est valable, elle ne peut guère produire d'effets, du moins en ce qui concerne les créanciers dont nous nous occupons exclusivement.

Il existe enfin une troisième catégorie de biens insaisissables, exclusive au droit français, et que la législation étrangère que nous étudions s'est bien gardé — avec raison — d'admettre au nombre de ses exceptions : nous voulons parler de l'insaisissabilité des rentes sur l'État français (2) et des lettres de gage ou obligations du Crédit foncier et leurs intérêts (3).

Quel a été le motif de cette exception ? Il ne peut plus être question d'humanité ou de dette alimentaire : le fait même d'avoir des rentes constituerait plutôt, croyons-nous, une présomption contraire, et d'ailleurs, quel que soit le patrimoine ainsi placé, quel que soit le *quantum* ainsi capitalisé, la loi le protège avec une égale sollicitude. La seule et mauvaise raison qu'on puisse en donner,

(1) Cfr. *supra*.

(2) Lois du 8 nivôse an VI, art. 6 ; 22 floréal an VII. — Cfr. loi 11 juin 1878.

(3) Décret 18 fév. 1852, art. 18.

c'est le désir qu'a pu avoir le législateur d'encourager les placements en fonds sur l'État, en garantissant le rentier contre tout incident fâcheux (1). Seule la date à laquelle ces lois ont été promulguées pourrait être une circonstance atténuante à ce qu'on a souvent appelé une bonne affaire, mais une mauvaise action, et que nous nous permettrons, nous aussi (2), de ne trouver ni bien justè ni bien morale : c'était au moment où le crédit de l'État était plus qu'ébranlé, à tel point qu'on avait pu songer à des moyens révolutionnaires pour le consolider.

Cette concession faite, nous avouons ne pas concevoir qu'une semblable disposition n'ait pas été immédiatement abrogée lors de la venue de temps meilleurs et qu'à l'époque actuelle même, au lieu de ce faire, on ait au contraire (3) confirmé, à propos d'une loi récente, l'insaisissabilité des rentes sur l'État (4). Cette fois, nous trouvons le législateur sans excuse, car si, pendant les temps troublés de la tourmente révolutionnaire, on a jugé bon de recourir à des moyens extrêmes pour assurer le crédit de l'État, du moins de pareils errements eussent-ils dû être provisoires, disparaître avec la cause qui les avait engendrés et surtout ne pas être reconnus à une époque où cette nécessité ne pouvait plus être invoquée.

Cette insaisissabilité est d'autant plus grave qu'elle a des conséquences incalculables : la dette publique a dépassé, croyons-nous, trente milliards, et il n'est pas exagéré de dire qu'une grosse part, sinon la plus grosse part

(1) *Sic* : Boitard, etc., II, p. 253, n° 836 ; — Corniquet, *ibid.*, p. 64 et 65

(2) *Sic* : Boitard, *loc. cit.*

(3) *Sic* : Corniquet, *loc. cit.*, p. 64.

(4) Loi du 11 juin 1878, art. 5.

de l'épargne publique, est convertie en rentes sur l'État : c'est donc la plus grande partie du portefeuille du rentier que la loi déclare d'un trait de plume insaisissable : si le débiteur possède des valeurs, il est donc présumable que le créancier les trouvera en grande partie sous cette forme, souvent même entièrement, si le débiteur est avisé et si sa fortune est mobilisable. Quelle injustice et quel scandale, si, comme il y en a de trop nombreux exemples, le débiteur, d'autant moins intéressant qu'il est riche et ne veut pas payer, nargue son créancier en lui montrant un titre (1) sur lequel la loi complice lui défend de mettre la main ?

Nous nous hâtons d'ajouter qu'il est vrai que la jurisprudence a essayé par tous les moyens possibles d'amoindrir la portée de cette loi inique. Il est admis depuis longtemps (il est vrai que c'est au profit de l'Etat qui aurait été pris à son propre piège) que des rentes affectées à un cautionnement au profit de l'État pouvaient être vendues en Bourse pour dédommager ce dernier (2). De même si ces valeurs avaient été données en gage à un créancier (3). La cour de cassation a décidé également, contrairement à l'ancienne jurisprudence (4), que, si le failli a des rentes sur l'Etat, le syndic pourra en opérer l'aliénation, ce qui d'ailleurs est très contestable, puisque le syndic est le re-

(1) Le Trésor délivre des coupures de trente mille francs de rente (soit plus d'un million de capital au cours actuel).

(2) Paris, 25 juin 1832, S. 32, 2, 552 ; — D. A. v^o *Trésor public*, nos 1169 et 1178.

(3) Grenoble, 27 juillet 1867, S. 68, 2, 19.

(4) Le dessaisissement produit par l'état du failli ne s'applique pas aux rentes sur l'État. *Sic*: D. 54, 1, 146. — Cfr. C. P. C. ann. de D., art. 582, n^{os} 19 et 20.

présentant de la masse et non du failli (1). Enfin deux jugements d'espèce, rendus simultanément par la première et la cinquième chambre du Tribunal civil de la Seine semblent admettre que cette insaisissabilité ne devrait s'appliquer qu'aux rentes nominatives (2). Quoiqu'il en soit, et malgré les restrictions qui précèdent, le principe subsiste toujours, toujours fécond en applications malheureusement trop nombreuses, et nous ne pouvons que répéter avec les auteurs que ce privilège, qui a d'ailleurs, et si souvent, les conséquences les plus funestes, nous paraît exorbitant à tous égards pour ne pas dire odieux (3).

Nos critiques seraient encore plus vives, s'il était possible, en ce qui concerne l'insaisissabilité des lettres de gage ou obligations du Crédit foncier (4) (5). On peut, à la rigueur, donner une explication de l'insaisissabilité des

(1) *Sic* : Corniquet, *ibid.*, p. 65.

(2) *Cfr. supra*, Préface.

(3) *Sic* : Corniquet, *ibid.*

(4) Décret du 28 février 1852, art. 18.

(5) Il existe encore d'autres dispositions éparses dans différentes lois qui assurent l'insaisissabilité :

1° En matière de lettre de change, il n'est admis d'opposition au paiement qu'en cas de perte ou de faillite du porteur. (C. co. ann. de D. *sub art.* 149) ;

2° Les comptes-courants dans une banque autorisée sont également insaisissables. (Loi du 24 germ. an II, art. 33 ; — D. A. v° *Banque*, p. 91 et 92, v° *Saisie-arrêt*, n° 161 ; — C. P. C. annoté de D. *sub art.* 582, n° 55) ;

3° De même les bons du Trésor qui sont en ce cas assimilés aux effets de commerce (D. A. v° *Trésor public*, n° 625) ;

4° Les créances des entrepreneurs de travaux publics ne peuvent être saisies-arrêtées en ce qui concerne les fonds déposés au Trésor pour être délivrées à ces entrepreneurs (Décret du 26 pluviôse an II. *Cfr. C. civ. ann. de D. II*, p. 112 et suiv.) ;

5° Les revenus des majorats ne sont saisissables que pour moitié et seulement pour payer les frais d'édification ou de reconstruction sur ces biens spéciaux (Décr. des 1^{er} mars et 21 déc. 1808) ;

6° La taxe des témoins en matière criminelle ou devant les conseils

rentes sur l'Etat, de leur consécration dans une loi récente, soit par entêtement, soit par ignorance du législateur ; mais que dire de ce privilège accordé à une institution de crédit purement privée et qui n'a guère d'officiel que le contrôle qu'elle est obligée de subir ? Peut-on invoquer la nécessité de l'Etat ? Il n'y en a point. Peut-on dire que cette décision a été prise au moment d'une crise économique ? Pas le moins du monde. Nous n'y voyons qu'un motif purement utilitaire : accorder un privilège, uniquement en tant que privilège, pour favoriser l'émission ; mais de raison, point (1).

Par contre il existe des dispositions exceptionnelles que nous voudrions voir introduire dans notre Code, qui le seront peut-être grâce à deux généreuses initiatives (2), mais dont nous ne pouvons parler avec de grands développements, puisqu'elles n'appartiennent pas à la législation allemande (3), mais bien à la législation des États-Unis ; nous voulons parler du *Homestead*.

de guerre ne peut subir de saisie-arrêt (Décr. du 13 pluv. an VIII, art. 2 ; — ordonn. du 8 septembre 1833, art. 26) ;

7° Le produit du travail des détenus (Décr. ministér. et circ. du 13 janvier 1806) ;

8° De même les lettres confiées à la poste, même si elles contiennent des articles d'argent, ne peuvent être saisies par le créancier (Ordonnance du prés. du trib. de la Seine, 13 septembre 1872, D. 73, 3, 80 ; — Cons. d'Etat, 13 mars 1874, D. 75, 3, 34).

(1) La jurisprudence a essayé dans cette espèce, tout comme dans la précédente, d'atténuer la portée de cette insaisissabilité : c'est ainsi qu'il a été jugé que le créancier qui trouve des titres même nominatifs au domicile de son débiteur saisi peut les faire vendre à son profit en vertu de la saisie. D. A. v° *Crédit foncier*, n° 113.

(2) Proposition de loi de M. Leveillé, député, sur le *Homestead*, du 16 juin 1894 ; — Proposition de M. l'abbé Lemire, député.

(3) Le *Homestead* fera l'objet d'une proposition de loi en Allemagne et sera connu sous le nom de *Heimstätte*.

Nous ne connaissons guère cette institution en France que depuis les ouvrages remarquables de M. Corniquet sur ce sujet (1) : le Homestead, c'est pour l'homme et sa famille, ainsi que le remarque spirituellement notre auteur, ce que notre art. 592 C. P. C. a accordé avec une si touchante sollicitude pour les animaux (2). De même que le vêtement, la maison sera insaisissable. — Doucet n'a-t-il pas dit que la maison, c'est le vêtement de pierre de la famille ? Bien entendu, cette insaisissabilité est subordonnée à certaines conditions et surtout à une certaine publicité pour que les tiers ne puissent pas en supporter de préjudice : nous ne pouvons que renvoyer à cette excellente étude qui repousse victorieusement l'imputation de sorte de majorat du prolétaire, ou encore de retour au droit d'ainesse qu'on a voulu lui opposer (3) et qui indique de la façon la plus claire les conditions nécessaires pour l'obtention de ce Homestead (4) ainsi que de ses effets à l'égard des tiers. La partie la plus intéressante pour nous de cet ouvrage est celle qui est consacrée à l'introduction possible de cette mesure en France (5). Nous venons de voir les nombreuses dérogations au droit du créancier sur le patrimoine de son débiteur : pourquoi ne pas admettre aussi cette dernière qui a, cette fois, les meilleures raisons

(1) Corniquet, *Le Homestead*, Paris, 1894 ; — Le même : *L'insaisissabilité du foyer de famille aux Etats-Unis*, Paris, 1891, 1 vol. gr. in-8°. — Cfr. M Henskan, *Le Homestead*. (*Débats*, édit. blanche, 26 juin 1894 ; P. Leroy-Beaulieu, *id.*, *ibid.*, n° du 25 juin).

(2) *Ibid.*, p. 9.

(3) Corniquet, *ibid.*, p. 11 et 12.

(4) Corniquet, chap. I, p. 13 et suiv.

(5) Les saisies immobilières ont atteint en 1889 le chiffre de 20,000 environ. — Cfr. la brochure de M. Georges Michel sur les frais de vente judiciaire ; *Une iniquité sociale*.

d'être accueillie : c'est qu'en effet cette insaisissabilité ne vient pas du désir d'affranchir un bien de la possibilité de la saisie, mais bien de l'idée de protection de la famille dans ses besoins immédiats et dans son développement futur, c'est le modeste foyer familial et l'enclos qui restent à son propriétaire en dépit de l'adversité, c'est la fin de la progression effrayante des ventes sur saisie immobilière (1), c'est selon un mot heureux la protection de la personne par la terre, et ne serait-il pas vrai de dire que les quelques arpents qui entourent la maison du paysan constituent pour lui une pension alimentaire (2) ?

Nous pensons donc que cette exception serait non seulement justifiée dans nos Codes, mais accueillie avec empressement dans nos mœurs : nous ne pouvons qu'appuyer de tous nos vœux les propositions de loi qui ont été déposées en ce sens et qui tardent à être discutées par les Chambres.

§ 3.

Contre quelles personnes peut-on exécuter ?

On peut, croyons-nous, ramener à deux ordres d'idées les préoccupations auxquelles a obéi le législateur qui a édicté des mesures exceptionnelles sur ce point : ce seront l'intérêt public et la crainte que le service supérieur de l'Etat ne soit entravé par suite d'une saisie justifiée,

(1) Corniquet, *ibid.*, p. 113.

(2) Proposition de loi Lévêillé et de trente de ses collègues du 16 juin 1894 ; — Proposition Lemire sur le même sujet. — Cfr. proposition Siegfried sur les habitations à bon marché.

mais inopportune, en second lieu des motifs d'humanité, de convenance ou de pitié (1) dont on pourrait dire *lato sensu* qu'ils sont tirés de nécessités alimentaires.

Ce second cas comprend également une importante classe d'exceptions, introduites par la loi portant prohibition au profit des ouvriers de saisir au-delà d'une certaine portion les salaires ne dépassant pas 2.000 fr. (2), loi qui, si elle a été inspirée par des motifs d'humanité, a aussi imprimé un caractère nettement alimentaire à ces humbles salaires qui sont à peu près exclusivement consommés par l'ouvrier pour ses besoins immédiats, de sorte qu'il ne peut et doit rester qu'une très minime part disponible qui réponde de ses dettes.

En ce qui concerne la première catégorie, nous ne ferons que rappeler les prescriptions bien connues du droit français :

La loi déclare les gages des matelots complètement insaisissables (3) ; de même les traitements payés par l'Etat aux ecclésiastiques (4). Au contraire, la solde des militaires n'est saisissable que pour un cinquième seulement (5).

Pour les autres fonctionnaires, l'insaisissabilité totale n'existe pas, mais le *quantum* saisissable est déterminé généralement d'après l'importance du traitement : la saisie-arrêt peut porter sur un cinquième, si le traitement est inférieur à mille francs. Jusqu'à six mille fr., la saisie-

(1) C. P. C. fr., art. 582.

(2) Loi du 12 janvier 1895.

(3) Décret du 2 prairial an XI, art. 111.

(4) Décret du 18 nivôse an XI.

(5) Décret du 19 pluviôse an XI.

arrêt portera sur un cinquième pour la somme de mille francs et sur un quart pour le surplus, soit cinq mille. Au-delà de six mille francs, la saisie portera sur le tiers, du surplus de six mille francs seulement (1), et jusqu'à six mille on suivra la règle applicable au traitement de six mille francs (2).

Les pensions sont également en principe insaisissables, mais il faut bien remarquer que cette fois le motif est tout autre : il ne saurait être question de l'intérêt supérieur de l'Etat, puisque le bénéficiaire ne lui rend précisément plus de services. La raison de cette mesure réside dans le caractère même de la pension qui, aux yeux de la loi, a un but purement alimentaire.

Aussi dans ce cas la règle est-elle l'insaisissabilité complète et il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne les pensions des militaires, et encore dans un seul cas : ces pensions ne pourront être saisies, jusqu'à concurrence d'un tiers seulement, que par les créanciers *alimentaires* de la famille du pensionné (3). Cette exception justifie ainsi la règle qui ne fléchit précisément que quand elle se trouve en face d'une dette, qui est, elle aussi, alimentaire et due par le pensionné.

(1) Il serait inexact de dire que la saisie porterait par exemple sur un tiers pour un traitement total de plus de 6.000 fr.; cette somme est divisée en mille, puis en 5.000 francs ; sur la première somme le saisissant a droit à un cinquième, sur la seconde au quart, et ce n'est que sur le surplus de 6.000 qu'il a droit au tiers.

(2) Le cautionnement des officiers ministériels est également insaisissable pour une raison presque adéquate : le cautionnement ayant été institué pour parer aux malversations possibles et aux préjudices causés par les titulaires de ces charges dans l'exercice de leurs fonctions, il importe à l'Etat de réserver spécialement ce cautionnement pour l'usage auquel il a été destiné et c'est là le motif de cette insaisissabilité.

(3) Boitard, Colmet d'Aage et M. Glasson, *ibid.*, p. 252, n° 835.

Le caractère d'aliments a été reconnu également à certains arrérages payés par la Caisse nationale de secours des retraites pour la vieillesse (1). L'article 8 dispose, en effet, que les rentes viagères constituées par cette Caisse sont incessibles et insaisissables jusqu'à concurrence de 360 francs.

Du reste le C. P. C. fr. a posé en termes exprès la règle de l'insaisissabilité en matière alimentaire lorsqu'il déclare insaisissables (2) les provisions alimentaires adjudgées par justice, et plus loin (3) les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables (4).

La jurisprudence, complétant notre C. P. C. fr. dans ce sens, décide de plus en plus d'une façon générale que, quand les appointements des employés sont de modique importance et ont par là un caractère alimentaire, ils sont également insaisissables. Dans ce cas, la fraction ou quantum sur lequel s'exercera la saisie sera laissé à l'appréciation des juges du fond (5).

Le législateur a enfin consacré cette jurisprudence par la loi dont nous avons déjà parlé (6) et qui assimile, dans cer-

(1) Loi du 20 juillet 1886.

(2) C. P. C. fr., art. 581.

(3) *Ibid.*, *in fine*.

(4) Cfr. C. art. 1981 : « La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. » Cette disposition s'explique par le caractère alimentaire que revêt alors la rente viagère.

(5) Cass. Req., 29 mai 1878, S. 79, 1, 64.

(6) Loi du 12 janvier 1895 relative à la saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements des ouvriers ou employés. Cfr. *Comment. de la loi*, par C. Strauss. — Le but de la loi indépendamment de cette restriction est de simplifier également les formalités relatives à la saisie-arrêt dans cette hypothèse.

taines conditions, les petits traitements et salaires à des gains ayant un caractère purement alimentaire (1).

L'inaliénabilité du fonds dotal est également une exception faite en faveur de la femme dotale, et doit donc être également classée parmi celles édictées *intuitu personæ*.

Le régime dotal est connu encore actuellement en Allemagne et les dispositions françaises qui le régissent ne sont pas encore abolies : c'est ainsi que le Code civil badois dans son art. 1554, identique à notre article 1554 français, prononce l'inaliénabilité des biens dotaux. Il n'en sera pas de même sous le régime du futur Code civil allemand. Ce dernier n'organise pas le régime dotal (2) et les époux ne peuvent pas se reporter pour leur contrat à tel régime étranger ou à tel régime jadis reconnu dans le droit allemand. Le nouvel article 1433 C. civ. all. le défend formellement en ce sens, tout comme dans notre droit français dans la même matière (3), que les époux ne peuvent pas adopter un régime *en bloc* et comme il est ou était organisé par la loi étrangère ou ancienne.

Pourront-ils tout au moins en adopter les principales dispositions, à condition, ainsi que nous venons de l'indiquer, de préciser et de reproduire ces points caractéristiques dans leur contrat de mariage ? Il faut distinguer et leur accorder ce droit tant qu'une loi ne le leur défend pas :

(1) L'art. 3 de la loi du 12 janvier 1895 contient une exception remarquable et semblable à celle que nous avons déjà fait observer à propos de l'insaisissabilité des pensions militaires : les cessions et saisies faites pour le paiement des dettes alimentaires prévues par les art. 203, 205, 206, 207, 214 et 349 du Code civil ne sont pas soumises aux restrictions apportées par la loi.

(2) Sic : R. Foertsch, *Der Code civil und das bürgerliche Gesetzbuch*.

(3) Cfr. notre article presque identique 1390 C. civ. fr.

ils pourront par exemple stipuler expressément tout comme dans notre régime dotal (1) que le mari aura l'administration et la jouissance de la dot ou bien encore que la femme ne contribuera que pour un tiers aux charges du ménage (2).

Pourront-ils stipuler l'inaliénabilité du fonds dotal ? Dans ce cas encore il faudra se reporter à la règle générale réglant l'inaliénabilité conventionnelle : le siège de cette matière se trouve dans le § 137 *in fine* C. civ. all. qui est ainsi conçu : « La faculté de disposer d'un droit aliénable ne
« peut être ni supprimée ni limitée par un acte juridique.

« La validité de l'obligation de ne pas disposer reste en-
« tière. »

Ces termes un peu obscurs signifient simplement que la liberté d'insérer la clause d'inaliénabilité n'est pas reconnue vis-à-vis des tiers tandis qu'elle oblige les contractants. En appliquant cette donnée à notre espèce, nous voyons que l'inaliénabilité peut engager les époux l'un envers l'autre, mais non envers les tiers, de sorte que cette clause, pratiquement, a bien des chances de ne pas avoir d'effet, puisque la femme ne peut avoir de recours que contre le mari, et elle n'a rien, si ce recours est illusoire.

Cette règle d'inaliénabilité du fonds dotal en Allemagne ne serait donc pas, à proprement parler, une restriction au droit de gage sur le patrimoine du débiteur.

Les art. 1048 et suiv. du C. civ. fr. créent également une nouvelle exception (3), puisqu'en permettant les substitu-

(1) C. civ. fr., art. 1540, 1549, 1562.

(2) *Ibid.*, art. 1575.

(3) Contrairement à la règle générale prohibant les substitutions et fidéi-commis (C. civ. fr., art. 896).

tions en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs, ils frappent d'inaliénabilité les biens qui sont l'objet de cette mesure.

En Allemagne, au contraire, où la substitution est permise et organisée par le nouveau Code civil all. (1), la prohibition de notre article 896 est inconnue (2), et l'exception énoncée dans notre article 1048 se retrouve sous forme de règle dans l'art. 2100 C. civ. all. qui autorise entre autres l'institution d'un second héritier ou substitué (*Nacherbe*). Toutefois les dispositions des deux Codes sont loin d'être les mêmes (3), même si elles tendent au même but (4), comme par exemple de soustraire le patrimoine du second héritier à la libre disposition de l'héritier grevé (*Vorerbe*). Le Code français prescrit la nomination d'un tuteur (5) et le grevé de restitution « est tenu de faire procéder à la vente... des meubles et effets contenus dans la disposition... (6) » De même les immeubles sont soumis chez nous à la transcription pour que les dispositions exceptionnelles des art. 1048 et suiv. C. c. fr. soient opposables aux tiers.

Le nouveau Code civil allemand supprime les deux premières formalités : il ne reconnaît ni tuteur ni vente. En matière d'immeubles, il requiert l'insertion de la disposition au Grundbuch (7). En ce qui concerne les meubles, le C. civ. all. édicte une règle fort sage, et qui justifie la

(1) C. civ. all., §§ 2100 à 2146.

(2) Cette proposition n'est vraie, bien entendu, qu'*in futurum* et pour le droit organisé par le C. civ. all.

(3) Cfr. sur la substitution en droit allemand une très savante note de M. de La Grasserie : *Traduct. du Code civil all.*, sub § 2100, p. 451.

(4) Foertsch, *Der Code civil und das bürgerliche Gesetzbuch*, p. 148.

(5) C. civ. fr., art. 1055 et 1056.

(6) C. civ. fr., art. 1062.

(7) Cfr. § 52 du Grundbuchordnung.

suppression du tuteur : c'est l'obligation pour le fiduciaire, à la requête du fidéi-commissaire, de déposer les titres soit dans une caisse publique recevant de tels dépôts, soit à la Banque impériale avec cette mention qu'ils ne pourront être retirés qu'avec le consentement du substitué (1) (2).

Il y a donc encore dans ce cas, à titre exceptionnel dans notre Code et, en règle générale (3) dans le C. c. all. (4), une

(1) *Ibid.*, § 216 *in fine*.

(2) Le § 2118 prévoit le cas où il se trouve des valeurs inscrites au grand-livre de la dette d'Empire ou des États confédérés. Dans ce cas le fiduciaire doit y faire inscrire qu'il ne pourra en disposer sans le consentement du fidéi-commissaire.

(3) Cfr. C. c. all., §§ précités, et de plus le § 2115 qui déclare nulle la disposition d'un objet de la succession qui a lieu par voie d'exécution forcée, ou d'arrêt (*Arrest*) ou par le ministère d'un syndic, si elle peut détruire ou diminuer le droit du substitué. Elle est valable, au contraire, si l'on invoque une créance provenant de la succession ou un droit sur un objet héréditaire qui serait opposable au substitué en cas d'ouverture de la substitution.

(4) Il existe dans le même ordre d'idées et aboutissant à la même exception, un article absolument remarquable du C. C. all., relativement à ce que nous serions tentés d'appeler une sorte de dation de Conseil judiciaire testamentaire. Nous voulons parler du § 2338 C. C. all., ainsi conçu : « Si un descendant est un prodigue et endetté à ce point « que les biens à lui échoir soient considérablement en péril, le testa- « teur peut limiter le droit à la réserve de ce descendant en disposant « qu'après le décès de ce dernier ses héritiers légitimes acquerront « sa part héréditaire ou sa réserve en qualité de substitués fidéi-com- « missaires (seconds héritiers : *Nacherben*) ou de légataires fidéi-com- « missaires (seconds légataires : *Nachvermächtnissnehmer*) d'après leur « droit légal d'hérédité.

« Le testateur peut également en confier l'administration à un exé- « cuteur testamentaire pour la durée de la vie du descendant. Ce der- « nier, dans ce cas, a droit au revenu net annuel..... Ces dispositions « sont sans effet si, à l'époque de l'ouverture de la succession, le des- « cendant a renoncé à sa vie de prodigue ou si l'endettement qui en « avait été cause, n'existe plus. »

Il ne nous semble pas exact de dire qu'il s'agit là d'une *exhérédation bona fide*, car il n'y a pas à proprement parler d'exhérédation, pas plus qu'il n'y en a en cas de substitution, disposition dont la matière que

dérogation au droit de gage général du créancier sur les biens de son débiteur par égard à la qualité de certaines personnes, dans l'espèce les substitués.

A notre loi du 12 janvier 1875 répond une loi (déclarée

nous étudions n'est qu'une application particulière (*Contra* : de La Graserie, *ibid.*, note *sub* § 2338). Le caractère de la substitution est, il est vrai, fort délicat : d'après le gemeines Recht (droit commun codifié) il n'y a qu'un héritier, c'est le grevé, et il l'est si bien qu'il reste tel, même après la transmission du patrimoine au substitué. Suivant le droit prussien et le droit autrichien, au contraire, il n'y a plus de règle *semel heres, semper heres*, et on envisage pour ainsi dire *simultanément* deux héritiers successifs dont l'un ne dépend de la succession que par l'acceptation de l'autre à cette succession. Le C. C. all. a reproduit cette règle quand il définit la liberté de la substitution en ces termes (2100) : « Le testateur peut instituer un héritier de telle « manière qu'il ne devienne héritier que si un autre l'est devenu d'a- « bord. » Le grevé est donc un véritable héritier soumis seulement à des modalités qui restreignent l'exercice de ses droits d'aliénation ou de jouissance, mais qui ne lui font rien perdre de son caractère. Cette proposition nous paraît confirmée encore par les termes du § 863 (nouveau) C. P. C. all. qui débute ainsi : « Si le débiteur est « héritier, et aux termes de l'art. 2338 du C. P. C. all., limité dans ses « droits par l'intronisation d'un substitué..., etc. » Il nous semble difficile d'admettre qu'on puisse dire *exhérédé* un individu qu'on reconnaît formellement pour héritier, et auquel on restreint, on limite la plénitude de ses droits, absolument comme un propriétaire quelconque, sous condition ou à terme.

D'ailleurs il est une constatation qui semble nous donner gain de cause, c'est que, aux termes du § 2112 C. C. all., « le fiduciaire peut « disposer des objets faisant partie de la succession, tant que le con- « traire ne résulte pas des §§ 2113 à 2115 même Code » ; donc la capacité d'aliéner est la règle et l'incapacité l'exception : à qui donc pourrait-on reconnaître cette capacité, sinon au véritable propriétaire ? Il nous semble donc que l'exhérédation *bona fide* (Enterbung in guter Absicht de l'ancien droit germano-romain) a tellement changé de caractère dans le nouveau C. C. all., qu'on ne peut guère l'appeler une exhérédation. (Chr. Fischer et Heule, *Commentaire du C. C. all.*, *sub* art. 2338).

Pourrait-on soutenir que notre prodigue français n'est pas propriétaire de ses biens parce qu'il ne peut en disposer ? Soutiendrait-on également, en vertu des mêmes raisons, qu'il n'est pas héritier de son

d'Empire) du 21 juin 1869, portant insaisissabilité complète sur les gages des ouvriers et domestiques (1).

De même les créances pour pensions alimentaires fondées sur une disposition de la loi et notamment de l'art. 844 du C. civ. all. sont insaisissables (2).

Sont encore insaisissables :

Les revenus périodiques qu'un débiteur tire d'une fondation ou qu'il doit à la sollicitude ou à la libéralité d'un tiers, en tant que ces revenus seront indispensables dans la mesure la plus modeste au débiteur pour son entretien, celui de sa femme et celui de ses enfants non encore établis (3).

Les sommes à percevoir sur les caisses de malades ou de secours, ou les caisses mortuaires, spécialement sur les caisses de corporations d'ouvriers mineurs et des

père parce qu'il ne peut aliéner le patrimoine de ce dernier sans son conseil judiciaire? « L'administrateur exécuteur testamentaire » de l'article 2338 C. C. all. joue un rôle analogue et n'influe pas davantage sur le caractère juridique et l'attribution de la chose qu'il administre.

Quoi qu'il en soit le législateur n'a pas oublié de mettre en harmonie les dispositions que nous venons d'étudier avec le C. P. C. all. dans la refonte de ce dernier. Dans le cas où les revenus d'une pareille succession ou son produit net annuel (en cas d'administration) serviraient à l'obligation légale d'entretien du conjoint, de l'ex-conjoint ou des parents, ce produit ou ces revenus sont insaisissables. (C. P. C. all., art. 863 nouveau), sauf dans le cas où la créance serait successorale ou contre le substitué. (Nous savons qu'en effet le substitué est héritier *hic et nunc*).

Par contre nous partageons sans réserve l'opinion du savant traducteur du C. C. all. quand il applaudit à la disposition éminemment utile de l'art. 2338 C. C. all., qui fait défaut au droit français.

(1) *Bull. des Lois de la Conféd.*, 1869, p. 242, et 1871, p. 63; — *Journal des Lois d'Empire*, 1897 p. 159, C. P. C. all., § 850 (749 ancien).

(2) C. P. C. all., § 850, 2^e nouvelle rédaction (art. 749 ancien).

(3) C. P. C. all., § 850, 3^e nouv. rédact. (749 ancien).

caisses des associations de corporations de cette nature (1).

Ces sommes seraient également insaisissables chez nous, soit en vertu de la jurisprudence que nous avons déjà citée (2), soit suivant les cas directement d'après notre C. P. C. qui déclare insaisissables les sommes et pensions pour aliments ~~encore~~ que le testateur ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables (3).

La solde et la pension d'invalidé des sous-officiers et soldats (4).

Les gages des personnes faisant partie de l'armée et appartenant à un corps mobilisé ou à l'équipage d'un bâtiment de guerre armé (5).

Les pensions des veuves et des orphelins et les sommes qu'ils perçoivent sur les caisses de veuves et d'orphelins ; les pensions destinées à l'éducation et les bourses, ainsi que les pensions des ouvriers invalides (6).

Les traitements des officiers, médecins militaires, officiers-mariniers, des employés et fonctionnaires, des ministres du culte, des médecins et des instituteurs d'établissements publics, la pension de ces personnes après leur mise à la retraite temporaire ou permanente, ainsi que le traitement qui, après leur mort, doit être accordé pendant un certain temps à leurs veuves et orphelins (7).

Dans les cas prévus et énumérés dans les deux derniers paragraphes seulement, si la pension ou les autres revenus

(1) *Ibid.*, 4.

(2) Req. Cass. 29 mai 1878, S. 79, 1, 64. Cfr. *suprà*.

(3) C. P. C. fr, art. 583 *in fine*. Cfr. *suprà*.

(4) C. P. C. all, § 850, 5^o (749 anc.).

(5) *Ibid.*, 6^o.

(6) C. P. C. all., § 850, 7^o (749 anc.).

(7) *Ibid.*, 8^o.

excèdent la somme de quinze cents marks (1875 francs), le tiers du surplus pourra être saisi (1), de sorte que la loi allemande, en ce qui concerne les salaires des ouvriers, est encore plus généreuse que la nôtre, puisque d'après elle ces salaires sont complètement insaisissables, tandis qu'ils le sont pour un dixième chez nous.

En outre, il a été ajouté, dans la dernière refonte du C. P. C. all., un nouvel alinéa portant que la rente faite en vertu du § 843 du C. c. all. au blessé ou au malade à la suite d'accident, ne peut être saisie que quand le montant total de cette rente est supérieur à quinze cents marks par an (2).

Par traitement et émolument, le Code de procédure allemand entend également les indemnités affectées aux dépenses d'un emploi public et celles accordées aux officiers, médecins militaires et fonctionnaires militaires pour frais de logement (3).

Il ressort nettement de cette énumération que la législation étrangère que nous étudions a bien adopté le principe de restriction apporté au droit de gage du créancier sur les biens du débiteur en considération de la personne du débiteur, soit qu'il y ait un intérêt supérieur à ne pas entra-

(1) De même et dans les mêmes cas, la saisie pourra avoir lieu sans égard à la somme lorsqu'elle sera opérée pour des aliments à fournir à toute une catégorie de personnes et dans des circonstances qu'une nouvelle rédaction du § 850 examine minutieusement. Cfr. dans le même sens C. P. C. fr., art. 581, 2°.

(2) Cette rédaction nous paraît défectueuse : il semblerait d'après elle que la saisie peut être pratiquée *sur la totalité* de la rente dès qu'elle dépasse quinze cents marks, ce qui n'a pas dû, croyons-nous, être l'intention des auteurs de la refonte de ce paragraphe.

(3) C. P. C. all., § 850 *in fine* (749 anc.).

ver l'exercice des fonctions nécessaires à l'État, soit que le débiteur soit considéré comme jouissant d'un revenu indispensable pour sa subsistance, ayant en un mot nettement le caractère alimentaire et qu'on ne saurait lui enlever.

TITRE II

De l'exécution forcée tendant à obtenir la délivrance d'une chose ou la réalisation de l'obligation de faire ou de ne pas faire.

En droit français il serait inexact de prendre à la lettre la disposition du Code civil (1) qui déclare que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Il serait encore davantage contraire à la vérité d'en déduire qu'en aucun cas ces obligations ne peuvent être exécutées directement par la voie de l'exécution. Une distinction est nécessaire : s'il est vrai de dire que le principe de la liberté humaine ne souffre pas de contrainte (2), cette contrainte ne sera mise en question qu'à propos des actes que le débiteur doit faire personnellement, qu'un autre ne peut faire à sa place et qu'il se refuse à faire. En ce qui concerne les autres actes, aussi bien de faire que de ne pas faire, le créancier peut obtenir satisfaction directe-

(1) C. C. fr., art. 1142.

(2) Laurent, t. xvi, n° 197.

tement dans la plupart des cas, sans qu'il y ait besoin de résoudre la question en dommages-intérêts.

Nous disons dans la plupart des cas, car, nous le répétons, s'il s'agit d'une obligation de faire que seul le débiteur soit capable d'exécuter, le créancier n'aura pas à proprement parler *satisfaction* et les dommages-intérêts qui lui seront alloués ne représenteront que la valeur monnayable de la prestation qu'il était en droit d'exiger.

S'agit-il d'une obligation de faire qu'un autre que le débiteur soit capable d'effectuer ainsi que le distingue fort judicieusement la doctrine allemande (1)? Dans ce cas, la chose sera faite aux frais du débiteur et le créancier obtiendra *pleine* satisfaction.

S'agit-il d'une obligation de ne pas faire et qui, au contraire, ait été faite au mépris des décisions de la justice?

L'intéressé a le droit dans ce cas, au nom de cette même justice, de détruire ce qui a été fait contre les ordres de cette dernière, qui sont ainsi en définitive pleinement respectés.

Il ressort de ce rapide examen qu'en définitive, dans la plupart des cas, l'obligation est exécutée sauf s'il s'agit d'un fait purement personnel et inhérent à l'individualité physique du débiteur et, en outre, en matière d'obligation de donner, si le débiteur s'est mis dans l'impossibilité de remettre la chose, s'il l'a détruite, par exemple. Dans ces deux cas, l'obligation ne peut s'effectuer par suite d'impossibilité matérielle (2).

(1) *Sic*: M. Fischer, professeur à l'Université de Breslau à son cours.

(2) *Sic*: Demante, t. v, p. 88, n° 60;—Colmet de Santerre, p. 88, n° 60 bis, 1, et p. 90, n° 60 bis, III;—Laurent, t. xvi, n° 198. Cfr. également M. Fischer, *loc. cit.*

La proposition de l'article 1142 C. C. fr. doit donc être réduite à ces termes et l'opinion est unanime dans notre sens (1), à savoir que la disposition de l'article 1142 provient d'une impossibilité *ex natura* que le législateur s'est singulièrement exagérée, ainsi que nous venons de l'indiquer.

Le législateur allemand tout comme le nôtre s'est heurté lui aussi aux cas que nous avons signalés, dans lesquels l'exécution directe est impossible, mais il a essayé, de toutes façons, de codifier les autres hypothèses qui peuvent se présenter dans cette espèce. Au lieu d'un article général comme dans notre procédure, il examine soigneusement les cas où l'exécution de l'obligation devra avoir lieu sans qu'elle se transforme en dommages-intérêts de façon à réduire au *minimum* les obligations de faire purement personnelles au débiteur.

On peut ramener à quatre chefs les hypothèses qui sont ainsi réglées :

1° Lorsque le débiteur doit délivrer un objet spécialement déterminé ou une quantité de choses mobilières également déterminées, l'huissier sera chargé de l'exécution, lui enlèvera la chose et la remettra au créancier (2).

La même règle sera suivie s'il s'agit de la délivrance de choses fongibles, ou de valeurs (3).

En ce qui concerne la remise au créancier d'un immeu-

(1) *Sic* : Demolombe, xxiv, n° 491 ; — Laurent, xvi, nos 193 à 204 ; — Garsonnet, *Traité de procédure*, III, p. 446, notes 2 et 6 ; — Cass. 10 mars 1857 (S. 57, 1, 267) ; — Cass. 22 février 1862 (S. 62, 1, 241) ; — 10 avril 1872 (S. 72, 1, 231) ; — 8 novembre 1864 (S. 65, 1, 318) ; — 26 janvier 1870 (S. 70, 1, 159).

(2) C. P. C. all., § 883 (769 ancien).

(3) C. P. C. all., § 884 (770 ancien).

ble ou d'un bateau habité, l'huissier en dépossédera le débiteur, et mettra le créancier en possession (1).

Dans le cas où le créancier trouverait dans cet immeuble des objets mobiliers sur lesquels la saisie ne porte pas, il doit les rendre au débiteur ou à un parent, ou à un serviteur, sinon les déposer dans un entrepôt aux frais de ce débiteur (2).

2° En cas d'obligation de faire ou de ne pas faire et si l'obligation n'est pas accomplie par le débiteur, mais peut l'être par un tiers, le tribunal *pourra*, sur la demande du créancier, autoriser le créancier à la faire exécuter aux frais de ce débiteur (3).

Cet article est fort sage et le tribunal a l'*option*, au mieux des intérêts des créanciers, de prescrire l'un ou l'autre mode d'exécution.

3° Lorsque la chose ne peut pas être accomplie par un tiers, le créancier a le droit d'y contraindre le débiteur, soit par une peine pécuniaire, soit par l'appréhension au corps (*Haft*) (4). Ce dernier moyen toutefois n'est permis que lorsque la non exécution de la chose dépend exclusivement de la mauvaise volonté du débiteur.

4° En matière d'obligation de ne pas faire ou de laisser faire, la résistance sera punie, soit par une peine pécu-

(1) C. P. C. all., § 885 (771 ancien).

(2) *Ibid.*, *in fine*.

(3) C. P. C. all., § 837 (773 ancien).

(4) L'appréhension au corps est une mesure privative de la liberté et n'est pas toutefois la contrainte par corps, abolie en Allemagne comme chez nous : c'est un mode de *coercition* à propos d'un acte que le débiteur ne veut pas faire, comme dans l'exemple que nous venons de voir (*Offenbarungseid*). Cfr. C. P. C. all., §§ 901, 900 [et suiv. (782, 785 anciens)].

naire, ne devant pas dépasser 1.500 marks (1.875 fr.) (1), soit par l'appréhension au corps ne devant pas dépasser six mois.

De plus le débiteur peut être condamné sur la demande du créancier à fournir une sûreté pendant un temps déterminé pour prévenir toute résistance future (2) (*cautio de non amplius turbando*).

Enfin le créancier d'une obligation de laisser faire peut expressément requérir l'assistance de l'huissier, pour que ce dernier enlève de force ce qui l'empêche d'exercer son droit (3).

4° En matière de consentement ou plutôt de déclaration de volonté (*Willenserklärung*) le C. P. C. all. a édicté une prescription tout à fait originale : le consentement sera considéré comme donné, dès que le jugement qui y condamne sera définitif (4).

Les quatre nouveaux §§ ajoutés à l'ancien § 779 ne font guère que développer ces dispositions dont ils déterminent surtout la portée en matière de bon foncier, d'hypothèques et d'inscription au Grundbuch (5).

(1) C. P. C. all., § 890 (775 ancien).

(2) *Ibid.*, *in fine*.

(3) C. P. C. all., § 892 (777 ancien).

(4) C. P. C. all., § 894 (779 ancien). Exceptionnellement les questions matrimoniales (Ehesachen) ne sont pas soumises à cette prescription. C. P. C. all., § 888, *in fine*, (773 ancien).

(5) C. P. C. all., §§ 595 à 598 nouveau.

TROISIÈME PARTIE

SURETÉS DONNÉES AU CRÉANCIER

CHAPITRE PREMIER

Moyens préventifs accordés au créancier.

Quelques mots sont, croyons-nous, nécessaires pour expliquer le titre de ce chapitre.

Nous ne voulons pas nous occuper des différentes garanties offertes par la loi au porteur d'un acte exécutoire déjà obtenu. Notre but est tout autre, et nous rechercherons dans ce chapitre quelles sont les sûretés offertes par la loi, tant française qu'étrangère, au demandeur qui n'a pas encore obtenu un titre exécutoire et auquel la loi accorde certains moyens préventifs pour empêcher que son débiteur, escomptant sa condamnation, ne mette en sûreté tout ou partie de son patrimoine.

En un mot, nous voulons grouper dans ce chapitre les saisies qui ne sont pas des modes d'exécution forcée et les comparer aux dispositions analogues dans la procédure étrangère que nous étudions.

Le C. P. C. fr. contient en effet des saisies qui ont des buts tout à fait différents : les unes (1), comme la saisie-

(1) C. P. C., 1^{re} part., liv. v, tit. vu et suiv.

exécution, la saisie immobilière, la saisie-brandon, la saisie des rentes, sont de véritables saisies-exécutions, en ce sens qu'elles ont pour objet de vendre, de réaliser l'objet saisi ; elles tendent directement à un paiement ; en tous cas elles supposent toujours un titre exécutoire. Les autres, au contraire, comme la saisie-gagerie (1), la saisie conservatoire (2), la saisie foraine (3), la saisie-revendication (4), et, dans certains cas, la saisie-arrêt (5), n'ont pas besoin de titre exécutoire et ne servent qu'à mettre sous main de justice les biens du débiteur, sans toutefois pouvoir les faire vendre qu'après un jugement de validité (6).

La loi française ne reconnaît, croyons-nous, que trois garanties en faveur du créancier qui n'est pas armé d'un titre exécutoire (7) : vis-à-vis d'une certaine catégorie, intéressante à ses yeux, de créanciers, elle autorise la saisie-gagerie et la saisie conservatoire (8) ; vis-à-vis de

(1) C. P. C., art. 819 et suiv.

(2) C. P. C., art. 417.

(3) C. P. C., art. 822.

(4) C. P. C., art. 826 et suiv.

(5) C. P. C., art. 557 et suiv.

(6) Pothier reconnaissait déjà ces deux modes d'exécution, et il indique cette différence en termes excellents : « Le simple arrêt est un acte judiciaire par lequel un créancier pour sa sûreté met sous la main de la justice les choses appartenant à son débiteur pour l'empêcher d'en disposer. Il est bien différent de la saisie-exécution et de la saisie-arrêt, car l'exécution se fait à l'effet de vendre les meubles exécutés, et la saisie-arrêt aux fins de faire vider, au débiteur arrêté, les mains en celles de l'arrêtant ; au lieu que le simple arrêt se fait seulement pour conserver les choses arrêtées et empêcher que le débiteur n'en dispose. » (Pothier, *Proc. civ.*, 3^e part., chap. II, sect. X, *princip.*).

(7) Nous omettons volontairement la saisie-revendication, qui a un tout autre but. Cfr. *infra*.

(8) C. P. C., art. 417.

certain débiteurs spéciaux, elle organise la saisie foraine; enfin la saisie-arrêt peut, en certains cas, être considérée comme une saisie de *précaution*, et nous nous expliquerons sur ce point.

D'après le Code de procédure civile français (1), tout créancier, même sans titre, avec ou sans commandement préalable (dans ce dernier cas toutefois avec permission du président du tribunal et même du juge de paix) peut saisir les effets appartenant à son débiteur *forain*.

Cette saisie foraine remonte aux premiers temps du Moyen-Age, et ce serait Louis le Gros qui, le premier (2), aurait accordé ce droit aux bourgeois de Paris, Orléans, Reims, qu'on appelait pour cette raison villes d'arrêt (3).

Ce droit, d'abord un privilège spécial, fut reconnu à tous les bourgeois par la majorité des anciennes Coutumes qui gardèrent cette prescription même au moment de leur refonte générale (4). C'est ainsi qu'on la retrouve dans les Coutumes de Paris, Orléans, et même dans les Coutumes de Bruxelles et des villes du Brabant. Une difficulté d'interprétation existait généralement, dès cette époque, sur le sens exact du mot *forain* (5).

D'après les commentateurs du droit coutumier le mot *forain* avait deux sens d'après une double étymologie dont

(1) C. P. C. fr., art. 822.

(2) Lettres patentes de 1134.

(3) *Sic* : Boitard..., etc., t. II, n° 1085.

(4) Vieille Coutume de Paris, art. 192. La *Nouvelle Coutume de Paris*, art. 173, est ainsi conçue : Par privilège usité, quiconque est bourgeois, demeurant et habitant à Paris et par an et jour y a demeuré, il peut procéder par voie d'arrêt sur les biens de ses débiteurs forains trouvés en icelle ville, posé qu'il n'y avait ni obligation, ni cédure, et non sur autres débiteurs que forains.

(5) Cfr. Brodeau, *sub* art. 173 de la Coutume de Paris.

il peut également bien se prévaloir : on disait qu'un marchand était forain quand il débitait sa marchandise et se transportait d'un marché à un autre, *de foro in forum*. Cette acception peut se prendre également d'un individu momentanément dans un lieu et qui vient du dehors : *foras* (*fuori*, ital. et *fuera*, esp.). — La Coutume d'Orléans semble bien prendre ce mot dans ce dernier sens (1) et les commentateurs ajoutent que c'était là celui de presque toutes les autres Coutumes et notamment de celle de Paris. A défaut d'autre mérite, cette rapide incursion dans l'histoire de la saisie foraine semble résoudre une difficulté qui paraît exister dans notre article 822 (2).

Pourtant une pareille interprétation a paru bien rigoureuse à une jurisprudence plus moderne, puisqu'il était permis de saisir ainsi sans titre, et par simple ordonnance du juge de paix, les personnes souvent les plus solvables qui auraient eu l'imprudence de s'écarter de leur domicile : aussi voyons-nous dès 1842 décider, et depuis la jurisprudence a été à peu près constante, que seul doit être considéré comme débiteur forain, l'étranger non domicilié en France, et qui n'y possède ni immeubles, ni établissement (3).

(1) L'art. 442 Cout. d'Orléans est ainsi conçu : Les habitants demeurant es ville et faubourgs d'Orléans peuvent, au moyen du privilège de la ville, faire arrêter les biens meubles de l'étranger ou forain pour raison du contract ou promesse, faite en ladite ville, faubourg et banlieue.

(2) *Sic* dans ce sens et s'appuyant également sur la tradition historique : Berriat, p. 648-649, note 8 ; — Pigeau, t. II, p. 512 ; — Rodière, t. III, p. 316 ; — Boitard..., etc., *loc. cit.* ; — Thomine, p. 959 ; — Chauveau sur Carré, n° 2807 ter ; — Bioche, n° 1 ; — Bugnet, sur Pothier, t. I, n° 681.

(3) Paris, 25 août 1842 ; D. A., v° Consul, n° 42, et v° Saisie foraine,

Pourquoi la saisie peut-elle se faire sans titre ? Sans doute pour que la permission puisse être accordée de suite avant que le débiteur n'ait eu le temps de se dérober à la saisie par la fuite. C'est la raison pour laquelle le président ou le juge de paix compétents sont ceux du lieu où se trouve l'objet-saisissable (1). Aussi et pour le même motif la saisie est-elle exceptionnellement dispensée d'un commandement qui n'aurait servi en pratique qu'à donner l'éveil au forain et à le faire déguerpir.

Il existe enfin deux règles toutes spéciales à la saisie foraine. Contrairement à la règle générale en matière de saisie (2), le saisissant a la garde des effets lorsqu'ils se trouvent en sa possession. La raison de cette exception est la suivante, et la restriction qu'elle comporte en indique déjà suffisamment le sens : le créancier détient déjà, pourquoi ne pas continuer cette détention, et entre quelles mains pourrait-on mieux placer l'objet saisi dans ces conditions (3) ?

Contrairement à la permission accordée par le droit commun en matière de saisie-gagerie et de saisie-arrêt, la garde de l'objet ne peut être confiée au saisi (4). On peut concevoir, en effet, qu'en matière de saisie-gagerie et de saisie-arrêt l'objet puisse rester sans trop de dangers entre les mains du saisi lui-même, parce qu'il est établi

n° 3. — Un jugement du tribunal de Bruxelles (7 juillet 1819) avait précédé la jurisprudence française dans cette voie.

(1) Pigeau, t. II, p. 512 ; — Delaporte, t. II, p. 385 ; — Lepage, p. 550 ; — Hautefeuille, p. 456 ; — Chauveau sur Carré, n° 2808 ; — Boitard, etc., n° 1085 ; — Bioche, n° 3.

(2) C. P. C., art. 598.

(3) C. P. C., art. 596.

(4) C. P. C., art. 823 *in fine*. — Sic Carré, n° 2810 ; — Bioche, *loc. cit.*

sur les lieux et qu'il est présumable qu'il y restera. Pour le débiteur forain, au contraire, la présomption doit être renversée : la facilité serait trop grande pour ce dernier d'être un mauvais gardien, de se rire des prescriptions du Code pénal et de prendre la fuite avec l'objet confié à ses soins.

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, cette saisie foraine est bien une saisie de *précaution* et son but n'est que d'arrêter le bien du débiteur forain. Cette proposition est si vraie que le législateur s'est donné la peine d'expliquer le caractère anormal, non exécutif, de cette saisie et de n'en permettre la réalisation qu'après que la susdite saisie « aura été déclarée valable (1). » Cette périphrase indique évidemment que, pour réaliser le gage, pour faire vendre, le saisissant aura besoin d'un titre exécutoire suivant la règle ordinaire (2) (3).

Dans un second cas, la loi accorde encore sa protection, cette fois non contre une certaine catégorie de débiteurs, mais en faveur d'une certaine catégorie de créanciers :

(1) Sic : C. P. C., art. 824 *in fine*.

(2) Cfr. Boitard..., etc., *ibid.*, t. II, n° 1088.

(3) Il est assez difficile de reconnaître quel sera le tribunal compétent, surtout si le défendeur a un domicile : en ce cas le tribunal compétent, d'après l'art. 59 C. P. C., pouvait paraître, à quelques-uns, celui de ce domicile. Cette solution serait peut-être juridique, mais, en tous cas, ne serait pratique ni pour le créancier, obligé de poursuivre devant un tribunal éloigné, ni pour le débiteur qui se trouve, par hypothèse même, sur le lieu de la saisie, ni pour la bonne administration de la justice, dessaisie, puis ressaisie devant deux tribunaux différents, et ce, pour deux affaires dont la seconde est la conséquence de la première et qui ne forment qu'un tout pour ainsi dire. La Coutume de Paris avait réglé la juridiction dans notre sens, puisqu'elle déclarait compétent le Prévôt de Paris, c'est-à-dire en somme le juge du lieu de la saisie et en même temps très généralement du domicile du saisissant. (Cfr. sur cette question Boitard..., etc., t. II, n° 1088 *in fine*).

nous voulons parler de la saisie-gagerie réservée au créancier propriétaire et au principal locataire contre son locataire (1) (2).

Nous savons que le propriétaire est déjà armé d'un privilège (3) par lequel il peut *saisir-exécuter*, de préférence aux créanciers ordinaires, les biens du débiteur pour se payer de ses loyers, mais seulement quand il a titre exécutoire (4) (acte notarié ou jugement).

Le Code civil allemand, qui, en thèse générale, n'admet pas le principe du privilège (5), reconnaît toutefois, dans une disposition spéciale, un droit équivalent à celui de notre art. 2102, 1^o, du Code civil, quand il édicte que le locateur d'un fonds a, pour ses créances résultant du contrat de louage, un droit *de gage* sur les choses introduites par le locataire (6).

Du reste, cette faveur paraît remonter au droit romain qui accordait déjà une hypothèque tacite sur les meubles et sur les fruits du locataire (7) et qui paraît être l'origine de notre saisie-gagerie organisée par l'art. 819 C. P. C.,

(1) Ce droit n'était pas inscrit pour les principaux locataires dans la Coutume de Paris, mais Pothier déclare qu'un usage constant leur accordait ce droit. (Pothier, *Proc. civ.*, 3^e part., ch. II, 1^{er} appendice *in fine*).

(2) C. P. C., art. 819.

(3) C. C., art. 2102, 1^o.

(4) Cfr. Boitard..., etc., II, n^o 1079.

(5) Cfr. R. Fortsch, *Der Code civil und das burgerliche Gesetzbuch*, p. 311. — Cfr. sur ce point : C. C. all., §§ 559 à 563, 581, 585, 590, 641, 648, 704 et 1257 ; — C. co. all., §§ 397, 410, 421, 440, 443 ; — § 10 loi du 24 mars 1897.

(6) C. C. all., art. 559. — Cfr. sur la nature de ce droit de gage C. C. all., § 1257.

(7) Loi 4 princ. et loi 7 D., *In quibus causis pignus*.

reproduisant à peu près les art. 161 et 171 de la Coutume de Paris (1) (2).

D'après cet article, qu'il y ait bail ou non, et cette fois même sans la permission du juge (3), le propriétaire ou principal locataire peut, un jour après commandement (4), saisir-gager les effets et fruits du débiteur à propos de dettes résultant du contrat de louage (5).

Quelques mots d'historique ne seront pas inutiles, croyons-nous, pour expliquer cette disposition.

Si le *privilège* que nous venons de rappeler plus haut vient du droit romain, la *saisie-gagerie* semble nettement provenir du droit coutumier français et résulter d'un droit jadis reconnu au bailleur d'empêcher les meubles de sortir de sa maison en cas de non-paiement. Il est assez inté-

(1) La définition de Pothier mérite d'être rapportée : « La saisie-gagerie est un acte par lequel le propriétaire d'une maison, ou le créancier d'une rente assise sur une maison de la ville ou des faubourgs de Paris, met sous la main de justice, par le ministère d'un sergent, les meubles du locataire exploitant cette maison et les laisse à sa garde jusqu'à ce qu'il en ait fait ordonner la vente. » (Pothier, *Proc. civ.*, 3^e part. ch. II, 1^{er} appendice, *De la saisie-gagerie, princip.*).

(2) Le mot *bail* est pris dans le sens de *contrat écrit* à propos du bail, et non de location. Le Code a reproduit le langage des anciens auteurs qui ne reconnaissaient pas de bail (obligation) quand il n'y avait pas d'écrit (contrat). Cfr. Lemaître, *sub* art. 162, *Cout. de Paris*.

(3) Cfr. *supra*, v. la règle différente en matière de saisie foraine.

(4) Il peut ne pas y avoir commandement préalable, mais dans ce cas il faut demander l'autorisation au juge. Cfr. C. P. C., art. 819.

(5) Rappelons en outre pour être complets, puisque nous avons l'occasion d'énumérer les droits exorbitants dont est armé le propriétaire ou principal locataire, que le C. P. C. français permet exceptionnellement à un créancier de saisir *tout* le patrimoine du saisi, même celui que l'art. 592 réserve et déclare insaisissable pour les motifs d'humanité que nous connaissons, sauf toutefois les objets énumérés dans l'art. 592, n^o 2 (Cfr. art. 593), c'est-à-dire le coucher des saisis et de leurs enfants, ainsi que leurs habits.

ressant de rappeler que la Coutume d'Aurillac (1) sanctionnait énergiquement ce droit, en permettant au besoin au bailleur de fermer les portes de la maison louée.

D'ailleurs il était déjà permis depuis longtemps aux Seigneurs censiers, faute de paiement des arrérages de leurs cens et rentes seigneuriales, « de défoncer et mettre hors « des gonds l'huis et les fenêtres de la maison censuelle, « c'est-à-dire chargée de cens et de la rente, ou la fermer, « verrouiller ou cadenasser, la barrer ou y mettre le bar- « rier au devant en signè de saisie ou empeschement (2). »

Cette saisie ne peut avoir lieu généralement (3) qu'après un commandement ou plutôt une *sommation* ; car le mot commandement ne s'applique qu'à l'ordre de payer donné par l'huissier et précédant la saisie-exécution (4). Elle est autorisée sur les meubles qui garnissent la maison ou la ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans le consentement du bailleur (5).

Notre article est conçu exactement dans les mêmes termes que l'art. 2102, 1^o, du C. C. Il semble donc s'y référer et nous devons admettre également pour notre art. du C. P. C. la prescription relative à la durée de la conservation du privilège du locateur qui ne peut l'exercer que pendant quarante jours, s'il s'agit de meubles garnissant une ferme, et de quinze jours seulement pour ceux garnissant une maison.

(1) Coutume d'Aurillac, art. 2.

(2) *Usage ancien et général de la France*, rapporté par Brodeau, n^o 20, sub art. 86 de la Cout. de Paris. — Cfr. Boitard, etc., *ibid.*, t. II, n^o 1081.

(3) Sauf permission du juge autorisant qu'il sera passé outre à cette disposition. — Cfr. C. P. C., art. 819 et *supra*.

(4) Cfr. Boitard, etc., t. II, n^{os} 813 et 1081.

(5) C. P. C., art. 819, § 3.

Il peut y avoir intérêt pour le créancier à saisir-gager plutôt qu'à user du privilège, à condition bien entendu qu'il puisse suivre ces deux voies : la saisie-gagerie sera préférable quand le créancier craindra que l'objet ne disparaisse aussitôt après la sommation (1) suivie de la saisie (2) ; le privilège sera utile au contraire en cas de concours de créanciers.

En ce qui concerne les fruits, l'application de l'une ou de l'autre de ces dispositions peut être délicate : s'il s'agit des fruits de l'année, suivant les dispositions de l'art. 2102, 2°, du C. C., ils seront seulement soumis au privilège et non à la saisie-gagerie, s'ils ne sont pas engrangés dans la ferme et ne garnissent pas, par conséquent les lieux loués. S'il s'agit de fruits engrangés, ils seront au contraire soumis à la fois à la saisie-gagerie et au privilège, s'ils sont de l'année. S'ils n'en sont pas, ils ne seront soumis qu'à la saisie-gagerie, comme meubles garnissant les lieux loués (3).

En résumé, la saisie-gagerie n'est qu'une pure saisie de précaution, au profit de certains créanciers, et qui n'a d'autre but que de conserver le droit de ces créanciers.

On peut dire, avec une certaine justesse, que la saisie-arrêt peut être rangée, dans certains cas il est vrai, sous

(1) Cfr. sur la nécessité de cette sommation Civ. Cass., 14 mars 1883, D. 83, 1, 339, et la note de notre savant maître M. Glasson.

(2) La saisie-gagerie étant une saisie *de précaution*, elle n'autorise pas le propriétaire à procéder à la vente : il faut pour cela un jugement de validité de saisie-gagerie ; elle se transforme alors, et alors seulement, en *saisie-exécution* à peu près comme la saisie-arrêt qui a ce caractère de saisie de précaution jusqu'au jugement validant précisément cette saisie-arrêt et autorisant l'exécution. (Sic : Pothier ; — *Proc. civ.*, *loc. cit.*, *passim* ; — Chauveau sur Carré, n° 2812 ; — Pigeau, t. II, p. 513 ; — D. A. v° *Saisie-gagerie*, n° 43).

(3) Boitard, etc., *ibid.*, II, n° 1083, complété dans ce sens par M. Glasson.

la même rubrique, puisque cette saisie-arrêt peut être pratiquée soit en vertu de jugements, soit en vertu de titres, soit *même sans titre* avec permission du juge (1). Dans ce dernier cas, plus nettement encore que dans les autres, la saisie-arrêt est une saisie de précaution.

Nous venons avec dessein de comparer la saisie-arrêt avec la saisie-gagerie ; la marche des deux procédures est sensiblement la même, et c'est grâce surtout à cette comparaison que l'on peut prendre parti sur le fameux *caractère mixte* de la saisie-arrêt, qui est pourtant bien simple à décomposer, du moins théoriquement, en deux saisies, tout comme la saisie-gagerie : l'une de *précaution* pour *arrêter* le bien, pour empêcher qu'il ne disparaisse, et la seconde d'*exécution* à la suite du jugement de validité (2) (3).

La première phase de cette procédure nous intéresse seule en ce qu'elle consacre une nouvelle sûreté préventive accordée au créancier qui a la bonne fortune de savoir la chose de son débiteur entre les mains d'un tiers. Nous

(1) C. P. C., art. 558. — Cfr. D. A. v^o *Saisie-arrêt*, nos 108 et suiv.; — Boitard, etc., t. II, nos 814 à 839.

(2) La définition de Pothier indique bien ce caractère, non pas *mixte*, mais théoriquement *successif* de la saisie-arrêt. « On peut la définir, dit-il, un acte judiciaire fait par ministère d'huissier, par lequel le créancier met sous la main de la justice les créances qui appartiennent au débiteur, avec assignation aux débiteurs de son débiteur pour déclarer ce qu'ils doivent et être condamnés à en faire délivrance à l'arrêté tant jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et assignation au débiteur de l'arrêtant pour consentir l'arrêt. »

(3) On ne peut, sinon improprement, qualifier la saisie-arrêt de mixte quand elle est pratiquée en vertu d'un titre exécutoire : il s'agit là d'une hypothèse que nous qualifierions de spéciale : c'est le cas où le créancier ayant titre exécutoire saisit le patrimoine du débiteur qui se trouve chez un tiers.

avons déjà remarqué cette véritable anomalie de la loi, qui accorde une *saisie de précaution* sur le patrimoine dans ces conditions, et la refuse au contraire quand le débiteur a gardé sa chose entre les mains. Nous verrons s'il est facile de donner une explication de cette restriction, et s'il ne conviendrait pas, au contraire, de l'étendre.

La troisième sûreté accordée par la loi française en cette matière est la saisie conservatoire, également en faveur d'une certaine catégorie de créanciers, les commerçants, et qui est, en faveur de ces commerçants, ce qu'est la saisie foraine contre les étrangers, c'est-à-dire encore une saisie de *précaution*, une mainmise, qui ne peut être suivie d'exécution que par un jugement subséquent.

Les origines de cette procédure, contenue, non dans un titre du Code, mais dans un simple art. du C. P. C. (1) complété par deux dispositions du C. co. (2), sont assez intéressantes à rapporter. C'est bien certainement un dernier vestige des anciens *privilèges des marchands*, tout comme la saisie foraine rappelle un *privilège des bourgeois*.

Dès 1566 un édit sur *l'établissement des juridictions consulaires* pour Riom, Clermont et Thiers déclare qu'il est d'absolue nécessité de *relever les marchands de la longueur de la justice* (3). L'ordonnance de 1667 et de 1681

(1) C. P. C., art. 417.

(2) C. co., art. 172 et 187.

(3) Tombeau, *Instit. du dr. consul.*, liv. 1, tit. 1, p. 11, cite également ce fait que Charles IX, entrant dans la Grand'chambre du Parlement, fut étonné d'entendre juger des marchands dont la demande originare remontait à douze ans auparavant.

codifie cette sage mesure et autorise le juge consulaire à assigner de jour à jour et d'heure à heure (1).

La disposition que nous retrouvons dans l'art. 417 C. P. C. est, sans nul doute, un vestige de la marche rapide de la procédure commerciale à cette époque qui ne souffrait pas de retard (2). Ainsi s'explique, pour ce seul cas particulier, le droit pour le créancier commerçant de saisir par précaution la chose de son débiteur (3). Dans tous les cas, il nous paraît impossible d'expliquer autrement qu'historiquement cette faculté accordée aux seuls créanciers commerçants, alors que les faits qui militent en

(1) Le même, *ibid.*, rapporte qu'on disait autrefois que le Tribunal consulaire était comme ce temple toujours ouvert que les Romains avaient dédié à l'heure, parce que les consuls pouvaient juger, même hors de l'audience, pendant le jour, pendant la nuit, aux jours fériés comme aux jours plaidoyables.

(2) *Sci* : D. A., v^o *Saisie conservat.*, n^{os} 2 et *passim*.

(3) Nous avons de la peine à ranger la *saisie revendication* parmi les saisies dites de précaution ; c'est l'acte par lequel une personne, qui prétend avoir un droit de propriété ou de rétention sur une chose mobilière possédée par un tiers, met cette chose sous la main de justice, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le bien fondé de sa prétention. (*Sic* : D. A., v^o *Saisie-revendication*, n^o 1 ; — Boitard..., etc., t. II, n^o 1088). — Cette saisie s'exercera soit à titre de revendication, soit à titre de *revendication de la possession* par suite de gage. Ce n'est donc pas, à proprement parler, une saisie à titre de précaution ; elle n'a pas le caractère commun de toutes celles que nous venons d'étudier, et qui tendent d'abord à une mainmise pour empêcher que la chose ne soit soustraite, et ensuite seulement à réaliser la chose et désintéresser le créancier, après certaines formalités dont la principale est l'obtention du jugement de validité.

La *saisie-exécution*, au contraire, a un tout autre objet : elle ne tend uniquement qu'à faire rentrer le propriétaire ou le gagiste en possession de la chose, et le jugement consacrant cette saisie n'a pas pour effet de l'autoriser à se payer sur la chose, mais bien de déclarer qu'il était fondé à reprendre la chose et à la conserver.

Nous ne pouvons donc admettre la *saisie-exécution* au nombre des saisies dites de *précaution* dont nous nous occupons en ce moment.

faveur de cette mesure : insolvabilité probable du débiteur, urgence d'empêcher que la chose ne disparaisse, sont les mêmes pour tous les créanciers, quels qu'ils soient.

Nous en avons terminé avec les cas exceptionnels où la loi a autorisé le créancier à saisir préventivement et sans titre, à condition de faire ratifier postérieurement la saisie par justice. Remarquons que nous ne pouvons établir aucune règle générale à ce sujet, qu'il n'existe pas d'idée directrice : la plupart de ces dispositions sont des souvenirs épars de notre ancien droit, et la reproduction plus ou moins atténuée de véritables privilèges accordés en faveur de bourgeois ou de marchands, ou contre certains individus pouvant se rendre facilement insolvables ou d'une solvabilité douteuse, tels que les forains ou étrangers.

Seule la dernière exception que nous venons d'étudier semble établir une sorte de règle un peu plus générale que les autres, puisqu'elle autorise tout créancier, commerçant il est vrai, à solliciter de justice permission de saisir préventivement.

La législation étrangère que nous étudions ne connaît pas ces règles particulières, spéciales à de certains cas déterminés ; elle accorde *lato sensu* au créancier, qui a de justes craintes de voir le patrimoine de son débiteur lui échapper, le droit de faire cette saisie de *précaution* ou, pour employer le mot de Pothier que le C. P. C. all. a conservé, de *faire arrêt* (1) (Arrest) sur les biens de ce débiteur.

Il est même assez intéressant de constater que Pothier

(1) Pothier, *Proc. civ.*, 3^e part., chap. II, section IV ; — C. P. C. all., §§ 916 à 945 (796 à 822 anciens).

indiquait dans le titre de la section relative aux « simples arrêts (1) » qu'ils pouvaient s'effectuer tant sur les choses corporelles que sur les créances.

Le droit de Pothier que nous avons abandonné sur ce point, semble revivre dans le C. P. C. all. qui distingue lui aussi, relativement aux objets auxquels ils s'appliquent, le simple arrêt (Arrest) et les mesures provisoires (einstweilige Verfügungen).

L'Arrest, d'après les motifs mêmes du C. P. C. all. (2), ne sert qu'en matière de créances d'argent ou susceptibles d'être transformées en argent : le § 916 (3) l'indique d'ailleurs d'une façon positive, tandis que les mesures provisoires pourront être ordonnées dans tous les cas ; c'est là le caractère qui permet de distinguer très nettement ces deux mesures. De plus l'Arrest, tout comme les exemples de droit français que nous venons d'étudier, et qui lui sont similaires, n'a lieu que lorsqu'il est présumable et à craindre que sans cette disposition l'exécution du jugement serait éludée ou difficilement réalisable (4).

L'Arrestbefehl est une sorte de saisie-conservatoire (5) ordonnée par le juge quand il y a danger que le patrimoine du débiteur échappe au créancier (6). Son obtention est soumise à des règles de forme particulière : la dette doit

(1) Pothier, *Proc. civ.*, 3^e part., chap. II., tit. IV.

(2) Motifs rapportés par Seuffert *sub* § 796 ancien et Considérations générales, p. 986.

(3) C. P. C. all., § 796 ancien.

(4) C. P. C. all., § 917 (797 anc.). — Cfr. *infra* les cas d'application des mesures provisoires. C. P. C. all., §§ 935 et 940 (814 et 819 anc.).

(5) *Sic* : Gaupp, *loc. cit.*, p. 477 ; — Wilmowsky-Lévy, II, p. 1134.

(6) Cfr. Seuffert, *loc. cit.*, p. 986.

être liquide ou transformable en une somme d'argent, mais elle peut être à terme.

L'Arrest peut résulter soit d'une ordonnance, quand il n'y a pas eu de débat préalable, soit d'un jugement.

L'Arrestbefehl lui-même comprend deux modes : la saisie conservatoire réelle (*dinglicher Arrest*) et la saisie conservatoire personnelle (*personal Arrest*). L'une et l'autre ont pour même objet de déjouer toute frustration de la part du débiteur (1) ou toute tentative de rendre l'exécution plus difficile ou impossible ; mais, tandis que la saisie conservatoire réelle s'exerce par la saisie ordinaire en matière mobilière (2) et par l'insertion d'une hypothèque dite de sûreté dans le Grundbuch (3) en matière immobilière, le personal Arrest s'exerce sur la personne même du débiteur, par une privation de sa liberté (4) dans tous les cas où il est à craindre que ce débiteur ne diminue les sûretés de ses créanciers (5), par exemple en faisant passer à l'étranger tout ou partie de sa fortune (6).

(1) Gaupp, *loc. cit.*, p. 487,

(2) Cfr. § 930 C. P. C. all. (810 ancien).

(3) Cfr. § 932 C. P. C. all. (811 ancien).]

(4) *Sic* : Willmowsky-Lévy, II, p. 1157 ; — Gaupp, p. 534 ; — Seuffert, p. 1009 ; — C. P. C. all., §§ 930, 932 (810, 811 anciens).

(5) C. P. C. all., § 918 (798 ancien).

(6) Il existe enfin une situation remarquable et aboutissant somme toute à notre saisie foraine telle que l'entend la loi française ; l'Arrest sera considéré comme suffisamment motivé par la nécessité de faire exécuter le jugement à l'étranger (C. P. C. all., art. 917, 797 ancien *in fine*). Remarquons toutefois que dans la législation allemande ce droit n'est que la résultante d'une idée générale, tandis que notre saisie foraine n'est qu'une exception à nos principes généraux.

Dans le cas d'Arrest sur les biens mobiliers, la procédure indiquée en détail par le C. P. C. all. aboutit à la saisie que nous connaissons et produisant ses effets ordinaires, c'est-à-dire un droit de gage tel que nous l'avons déjà étudié en cette matière. (C. P. C. all., § 930, 818 ancien).

En pratique ce moyen extrême n'est donné au juge qu'à bon escient, et la loi exige d'ailleurs qu'il ne soit accordé que quand la saisie conservatoire réelle est insuffisante pour couvrir le créancier de sa dette.

Il est bien entendu que ces deux modes sont purement conservatoires et que le créancier ne peut vendre et ce, après permission du tribunal, que les objets susceptibles de se détériorer, ou ceux dont la conservation serait trop dispendieuse (1).

Les règles relatives à l'obtention de cette saisie, son caractère et son mécanisme, nous étant connus, il nous reste à en étudier son mode d'exécution : disons de suite que, si les règles relatives à l'obtention de cette saisie sont réglées d'une façon particulière, l'exécution de cette procédure est la même, en général, que l'exécution forcée que nous venons d'étudier. Il ne faut pas oublier cependant le caractère et le but de cette procédure qui est de donner une *sûreté* au créancier, et non une *satisfaction*. Toutefois et par une dérogation spéciale, analogue à celle que nous connaissons déjà (2), les ordonnances de saisie conservatoire sont exécutoires sans formule, sauf dans le cas où il y aurait un changement dans la personne du débiteur ou du créancier originaire. Les commentateurs pour l'expliquer déclarent que l'ordre de saisie, tout comme la sommation du Mahnverfahren, contient en lui-même une exécution ; que l'ordre de saisie, de sa nature, est exécutable immédiatement et n'a pas besoin par conséquent de formule (3).

(1) C. P. C. all., § 930 (810 *in fine* ancien).

(2) En matière de Mahnverfahren, Cfr. C. P. C. all., § 725, 730, 796 (704, 663, 665, 666 anciens).

(3) *Sic* : Wilmsky-Lévy, II, p. 1153.

Il n'est pas inutile, croyons-nous, de rappeler à propos de l'Arrest, que le créancier, mais cette fois armé d'un titre exécutoire, a le droit *avant même la saisie* de faire savoir, par acte d'huissier, au tiers saisi et au débiteur que la saisie est imminente avec sommation au tiers saisi de ne pas payer au débiteur et sommation au débiteur qu'il ait à s'abstenir de disposer de la créance (1).

Les mesures provisoires (*Einstweilige Verfügungen*) sont ordonnées, au contraire, quand il s'agit d'une prestation personnelle, ou qu'il faut régler une situation provisoire qui est soumise aux tribunaux : c'est ce que prévoit le § 935 C. P. C. all. (2), qui permet au Tribunal d'ordonner des mesures provisoires en ce qui concerne le fonds du litige, « s'il est à craindre qu'une modification dans l'état des choses ne mette en péril la réalisation du droit ou d'une partie du droit du créancier ou fasse naître des difficultés sérieuses à cet égard. » Ce paragraphe est complété en outre par les dispositions suivantes : « Des mesures provisoires pourront également être ordonnées dans le but de pourvoir au règlement d'une situation provisoire relativement à une obligation ou à un droit litigieux, lorsque ce règlement paraîtra nécessaire pour écarter des préjudices graves ou pour prévenir des violences imminentes, ou pour d'autres motifs, surtout quand il s'agit de droits ou d'obligations continus. » (Cfr. en affaires matrimoniales (Ehesachen) C. P. C. all., § 627, et en matière de Grundbuch, § 16, n° 3, loi d'introduction, et § 885 C. C. all.).

Les mesures provisoires se réalisent par tous les moyens

(1) C. P. C. all., § 845 (744 ancien).— Cfr. *suprà*.

(2) C. P. C. all., § 814 ancien.

que le Tribunal peut juger bon d'ordonner (1) d'après l'intérêt des parties.

C'est ainsi que le Tribunal pourra ordonner le séquestre de la chose ou faire injonction à la partie adverse de faire ou de ne pas faire et notamment défendre d'aliéner un fonds, ou bien de le grever de charges ou d'hypothèques (2).

Afin d'obtenir plus de célérité, si la requête n'a pas été suivie du débat oral, il peut être statué par simple décision (Beschluss) (3) (4) et même dans les cas requérant célérité, le Président a le droit de statuer seul, au lieu et place du Tribunal, si toutefois il n'y a pas de débat oral (5).

Ces deux modes étant essentiellement provisoires, il importe d'obtenir un titre afin de les rendre définitifs.

Si l'instance est pendante, elle suivra son cours, et le jugement qui sera prononcé servira de jugement de validité, comme nous l'appellerions dans notre droit.

Si, au contraire, il n'y a pas d'instance entamée, le Tribunal doit alors dans ce cas ordonner à la partie qui a obtenu l'ordonnance à son profit d'introduire la demande dans un délai qu'il déterminera (6).

En résumé donc, l'Arrest et les mesures provisoires sont bien, comme les saisies de *précaution* que nous venons d'étudier, des sûretés préventives données à tout créancier, quelle que soit sa qualité, et encore qu'il soit sans titre.

(1) *Sic* : C. P. C. all., § 938 (817 ancien).

(2) *Cfr. ibid. in fine.*

(3) C. P. C. all., § 940 (819 ancien).

(4) C. P. C. all., § 922 (802 ancien).

(5) C. P. C. all., § 944 (822 ancien).

(6) C. P. C. all., § 926 (806 ancien).

Ces deux modes sont les seuls qui soient réglés par le C. P. C. all., mais nous croyons qu'on pourrait en ajouter un troisième reconnu par le C. C. all. et qui tend, tout comme les deux premiers et en cas de saisie imminente, à ce que le patrimoine du débiteur n'échappe pas au créancier, et permettant même, tout comme dans les deux cas que nous venons d'indiquer, la rétention provisoire de la chose ou même de la personne du débiteur. Nous voulons parler du droit reconnu par le C. C. all., non seulement de se protéger soi-même en cas de nécessité (1) (Selbsthülfe), mais en définitive, et toujours sous la condition d'opportunité, de se faire soi-même son propre agent d'exécution provisoire.

Le § 229 C. C. all. définit ainsi la Selbsthülfe : « Celui qui dans le but de se protéger soi-même enlève une chose, la détruit ou l'endommage, ou qui dans le même but s'assure de la personne d'un débiteur prêt à prendre la fuite ou écarte la résistance de ce débiteur contre une action qu'il était obligé de laisser faire, n'agit pas contrairement au droit, si toutefois l'assistance de l'autorité (compétente) n'avait pu avoir lieu en temps utile, et si, sans cette diligence immédiate, la réalisation de la prétention (l'objet de la demande) courrait le danger d'être éludée ou serait véritablement rendue plus difficile. »

Ainsi donc, d'après le C. C. all., deux conditions sont nécessaires et suffisantes : si l'autorité ne peut intervenir en temps utile, et s'il y a péril en la demeure. Nous en concluons, d'ailleurs avec les auteurs, qu'il n'est pas nécessaire au créancier de posséder déjà un titre exécutoire :

(1) C. C. all., §§ 228 à 231.

il peut agir dès qu'il croit avoir un droit fondé et ne peut être tenu à des dommages-intérêts (1) que si ce droit n'était qu'imaginaire. Dans ce cas, le C. C. all. autorise formellement la partie lésée à lui en réclamer (2).

Il faut immédiatement ajouter que ce droit exorbitant, essentiellement borné dans son exercice, puisqu'il suppose l'absence de l'autorité, l'est également dans ses effets. Le C. C. all. a sagement prescrit que ce mode anormal — qui n'est rien moins que le droit de se faire justice à soi-même — devait prendre fin aussitôt que possible. S'il s'agit de la *personne* du débiteur qui a été ainsi saisie, on doit recourir aux formes qui nous sont maintenant connues du *Personen-Arrest* et conduire immédiatement la personne devant le juge cantonal dans le ressort duquel la saisie du débiteur a été opérée (3). S'il s'agit de la *chose* de ce débiteur, les règles applicables sont celles de la saisie conservatoire réelle (4), *Sachen-Arrest*, à condition que cette dernière puisse trouver son application, c'est-à-dire s'il n'y a pas matière à exécution forcée; dans ce cas la procédure à suivre serait celle de cette exécution (5).

(1) Cfr. MM. Fischer et Heule, *Comment. du C. C. all.*, note 5 sub § 229.

(2) C. C. all., § 231. Ce § est nécessaire, car nulle part le C. C. all. ne possède une disposition analogue à notre art. 1382 C. C. fr. Le C. C. all., malgré la généralité apparente du § 249, n'a pas édicté de règle générale en matière de dommages-intérêts et a tenté de régler les différents cas par des dispositions spéciales. Cfr. §§ 31, 42, 103, 106, 108, 122, 160, 179, 228, 231, 249 et suiv., 286, 289, 292, 307, 325, 326, 338, 340 à 342, 347, 384, 374, 391, 440, 463, 477, 479, 490, 498, 523, 524, 538, 545, 558, 602, 606, 676, 678, 694, 812 et suiv., 831 et suiv., 839, 841, 848, 1298 et 1300, 1613, 1635, 1833 et 2023.

(3) C. C. all., § 230. Cfr. C. P. C. all., § 798.

(4) C. C. all., § 2301.

(5) C. P. C. all., §§ 704, 794, etc.

Il nous semble que de semblables dispositions devraient trouver place dans notre Code : il est vrai que nous avons étudié quelques prescriptions de ce genre, mais elles sont éparses, exceptionnelles, et s'appliquent parfois à certaines catégories de créanciers que la loi semble s'être donné plaisir à protéger par ailleurs par tous les moyens possibles, comme le bailleur d'immeubles, sans songer à des créanciers tout aussi intéressants qu'eux et bien moins partagés. Il ne serait donc pas difficile et il ne serait surtout nullement contraire au génie de notre Code, malgré le caractère exotique (1) tout apparent de notre troisième disposition, de réunir toutes ces exceptions, de formuler une règle générale en élargissant par exemple la portée de l'article 417 C. P. C. fr. et en l'appliquant à tous les créanciers, et non plus aux seuls commerçants.

L'utilité de ces dispositions dans la loi étrangère que nous étudions est incontestable : il est hors de doute que le débiteur cherche trop généralement à diminuer tout ou partie de son patrimoine, lorsqu'il sent la poursuite imminente et la condamnation certaine ; faut-il donc s'étonner que, si on lui en laisse le temps, il ait pris toutes ses dispositions et se soit rendu insolvable ?

Le créancier ordinaire français ne peut rien faire sous l'empire de la législation actuelle, quand bien même il serait avéré que son débiteur prend tranquillement ses dispositions pour échapper à toute poursuite justifiée et non encore exécutoire. Pendant le temps que dure un procès, faut-il que le créancier assiste impuissant non pas seulement à la réalisation des objets mobiliers, mais à la

(1) *Sic* : de La Grasserie, *op. cit.*, Introduction.

vente des immeubles que le débiteur peut faire disparaître tout à son aise, en prenant bien son temps ? Il y a vraiment une lacune à combler : les cas particuliers que nous venons de signaler en droit français ne sont que des palliatifs qu'il faudrait transformer en règle générale comme dans le droit que nous étudions.

CHAPITRE II

Moyens répressifs accordés au créancier contre le débiteur.

§ 1^{er}.

Pénalités encourues par le débiteur qui dissimule son patrimoine.

Nous n'avons l'intention ici que d'étudier les pénalités qui frappent le débiteur qui, voyant la saisie imminente, mais non consommée, aliène ou dissimule tout ou partie de son patrimoine.

Nous ne nous occuperons donc pas des pénalités qui frappent le débiteur qui distrait les objets déjà saisis. L'article 400 du Code pénal français se trouve reproduit, du moins dans son esprit, dans le Code pénal allemand (1).

Au contraire, on peut ranger les pénalités frappant le banqueroutier simple ou frauduleux parmi celles que le législateur a édictées contre le débiteur vis-à-vis duquel sont prouvés des faits d'inconduite, d'imprudence ou de

(1) Le § 137 du C. Pén. all. est en effet conçu en des termes presque identiques à notre art. 400.

fraude (1). Quels que soient l'obscurité et le manque de précision de la loi française, surtout en ce qui concerne la banqueroute simple, il est certain « qu'elle a voulu flétrir tous « les torts par lesquels un commerçant se met dans l'im-
« puissance de faire honneur à ses engagements (2). »

Est-ce à dire qu'elle a voulu punir le débiteur malheureux? En aucune espèce de façon, mais elle entend réserver une peine, variable suivant les circonstances de la cause, au commerçant qui n'aurait pas au moins fait des efforts pour arriver à une gestion irréprochable de ses affaires.

La question semble se trancher plus nettement en ce qui concerne le banqueroutier frauduleux, et la loi, dans ce cas, frappe d'une façon bien caractéristique le débiteur failli, « qui aura soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou qui, dans ses écritures, se sera frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

La loi a donc bien entendu frapper celui qui a frauduleusement dissimulé ou détourné son actif ou qui a pris des mesures telles qu'il soit impossible de l'évaluer.

La disposition actuelle de la loi est encore plus tempérée que les anciens art. 593 et 594 C. P. C. fr. qui, en outre des cas que nous venons d'énumérer, admettaient que la poursuite du débiteur en banqueroute *frauduleuse* était *facultative*: 1° lorsqu'il n'avait pas tenu de livres ou lorsque ses livres ne présentaient pas sa véritable situation active et passive; 2° lorsqu'ayant obtenu un sauf conduit, il ne s'était pas représenté à la justice.

(1) C. co. fr., art. 585 et 591.

(2) Renouard, *Réforme de l'art. 137 par la loi de 1838*.

Malgré les modifications que la loi de 1838 a fait subir à ces dispositions encore trop sévères dans certains cas, il n'en résulte pas moins, ainsi que nous l'indiquions tout à l'heure, que le débiteur failli est susceptible d'être condamné à des peines graves s'il dissimule son patrimoine à ses créanciers. C'est là une idée aussi juste qu'excellente que nous avons le regret de ne voir appliquer qu'aux seuls commerçants, au lieu de l'étendre à tous les débiteurs indistinctement.

Ici encore les origines historiques jouent un grand rôle, et notre disposition n'est qu'un *ancien privilège des marchands* mal déguisé. L'idée toutefois, sauf une application plus bénigne, est facilement généralisable, car les motifs qui militent en faveur de cette mesure seraient les mêmes, que le débiteur soit commerçant ou non. Qu'est-ce que la loi a voulu sauvegarder ? Précisément les intérêts du créancier. Or les créanciers *in globo* sont-ils moins intéressants et moins susceptibles d'être protégés s'ils ont suivi la foi d'un débiteur ordinaire que celle d'un commerçant ?

La personnalité du débiteur, quelle qu'elle soit, devrait-elle influencer sur les droits plus ou moins étendus accordés à son créancier ? Dira-t-on qu'il s'agit de sauvegarder les intérêts supérieurs du commerce, tandis que le particulier ne mérite pas tant d'attentions ? Mais, dans ce cas, qu'on y prenne garde, le créancier du particulier peut être un commerçant et il ne pourra le poursuivre, tandis que le créancier du Commerçant pourra être un particulier et il se trouvera protégé sans que, d'après la théorie adverse, il en soit digne : quelle étrange confusion et quel étrange résultat ? D'ailleurs, dans cet ordre d'idées le Commerce, s'il a besoin, et seul besoin de cette protection efficace, doit être

envisagé aussi bien au point de vue du débiteur qu'au point de vue du créancier, et les partisans du système devraient aller jusqu'à dire que seuls les créanciers *commerçants* de leur débiteur *commerçant* auraient qualité pour réclamer des poursuites en banqueroute et qu'elles ne pourraient avoir lieu que dans ce seul cas !

Cette thèse n'est pas défendable et il faut accorder que, si le principe de la sauvegarde du créancier au moyen d'une action pénale contre la dissimulation frauduleuse du débiteur est accepté, il doit être étendu à toutes les catégories de créanciers contre toutes les catégories de débiteurs ; il serait d'ailleurs bien facile avec notre système de sauvegarder et de particulariser les intérêts supérieurs du Commerce : ce serait de prononcer une peine plus grave quand le dissimulateur serait commerçant.

Ce vœu, la législation étrangère que nous étudions l'a accompli depuis longtemps.

Il existe en effet dans le C. pén. all. une disposition *générale* dans le sens de celle que nous voudrions introduire chez nous, qui punit de la peine de l'emprisonnement jusqu'à deux ans *quiconque, au moment où l'exécution forcée est imminente, aliène ou dissimule une partie de son patrimoine dans le but d'empêcher que son débiteur ne puisse avoir satisfaction* (1).

(1) C. pén. all., § 288. — Il est fort intéressant de rapprocher de ce dispositions la loi autrichienne du 25 mai 1883, « concernant les prescriptions pénales à appliquer en cas de manœuvres tendant à déjouer l'exécution forcée : » Quiconque, dans le but de se soustraire au paiement partiel ou total de son créancier, en cas d'exécution forcée imminente ou en cours, endommage, détruit ou rend sans valeur des objets meubles ou immeubles, détourne des objets de son patrimoine ou les aliène, suppose des dettes ou des procès imaginaires, est, tant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une peine plus grave, coupable de délit,

Dans ce cas cependant, les poursuites ne peuvent être intentées qu'à la requête du créancier (1).

Il est intéressant de constater, en outre que, ce principe général une fois posé, le droit allemand n'a pas oublié d'édicter des règles particulières et rigoureuses contre tout débiteur qui a cessé ses paiements. Toutefois, peut-être est-ce pour bien en montrer le caractère particulier (2), ces dispositions essentiellement pénales ne figurent pourtant pas dans le Code pénal all., mais bien à la fin du Code allemand de la faillite.

Le législateur allemand distingue la banqueroute simple et frauduleuse et punit en outre certains actes du failli faits en fraude du droit de ses créanciers, tandis qu'ils échappent à la répression en droit français.

D'après la loi allemande (3) le commerçant est banqueroutier frauduleux lorsqu'il a eu l'*intention frauduleuse* de frustrer ses créanciers dans les cas suivants :

1° Quand il a dissimulé ou détourné des biens ou valeurs;

2° Reconnu ou porté au passif de créanciers des dettes ou des obligations fictives pour le tout ou en partie ;

lorsque le dommage dépasse cinquante florins, et de contravention dans le cas contraire.

La peine en cas de délit est d'un emprisonnement d'un mois à un an, et en cas de circonstances aggravantes, de l'*emprisonnement rigoureux* de six mois à deux ans. Le maximum de la peine en cas de contravention est de six mois.

(1) *Ibid.*, in fine.

(2) La place qu'occupent ces dispositions spéciales ne pourrait s'expliquer par la préoccupation du législateur de composer un Code de la faillite complet, puisque précisément le Code pénal a été promulgué le 26 février 1876, tandis que le Code de la faillite ne l'a été que le 10 février 1877. Les dispositions qui existaient dans le Code pénal allemand avant 1876 en ont été retranchées sans grand fondement. *Sic* : M. Fis. her, à son cours.

(3) Code de la faillite, § 239 (209 ancien).

3° Omis de tenir les livres dont la tenue lui était prescrite par la loi ;

4° Ou détruit ou dissimulé ses livres de commerce, ou bien tenu ou altéré ces livres de manière qu'ils ne présentent pas la véritable situation de sa fortune.

La peine dans ce cas sera celle de la réclusion (*Zuchthaus*, sorte de prison aggravée). En cas de circonstances atténuantes (*mildernde Umstände*), la peine sera de trois mois d'emprisonnement au moins (1).

Remarquons que le fait de non tenue de livres ou de tenue mensongère, qui était un cas de *poursuite facultative* pour le ministère public d'après le Code de 1807 et un simple cas de banqueroute simple depuis la modification apportée par la loi de 1838 (2), est considéré au contraire comme un cas de banqueroute frauduleuse dans la législation que nous étudions, mais à la condition *expresse* qu'il y ait fraude.

La banqueroute simple, au contraire, est essentiellement caractérisée par l'absence d'idée frauduleuse envers les créanciers : la peine ne sera alors que d'un emprisonnement jusqu'à deux ans au plus :

1° Si le failli a dissipé des sommes ou contracté des dettes excessives, soit par des dépenses personnelles exagérées, soit au jeu, soit en spéculant à terme sur la hausse ou la baisse des marchandises ou valeurs de Bourse ;

2° Négligé de tenir les livres dont la tenue lui était prescrite par la loi, ou bien dissimulé ou détruit ces livres, ou bien tenu ces livres d'une manière tellement irrégu-

(1) *Ibid.*, *in fine*.

(2) *Cfr. supra*.

lière qu'ils ne présentent pas la véritable situation de sa fortune ;

3° Négligé de faire inventaire dans les délais prescrits par le C. co. all. (1).

On remarque de suite que la disposition du § 240, 2°, est presque identique au § 239, 3° et 4°. La non tenue de livres ou tenue mensongère est donc punie, dans tous les cas, d'emprisonnement, s'il n'y a pas fraude, et de réclusion dans le cas contraire.

Notons en outre la disposition excellente qui permet de poursuivre comme banqueroutier simple celui qui joue, en Bourse ou ailleurs, somme toute avec l'argent de ses créanciers.

Le Code de la faillite tranche enfin un long débat de notre jurisprudence française : les tiers qui ont aidé le banqueroutier simple à dissimuler son patrimoine peuvent-ils être poursuivis comme complices en droit français (2) ?

L'art. 59 du C. pén. fr. énonce bien que les complices d'un crime ou délit... seront punis de la même peine que l'auteur principal ; mais il ajoute immédiatement : « sauf le cas où la loi en aurait disposé autrement. »

La véritable raison de douter est que le législateur a expressément prévu et puni la complicité en matière de banqueroute frauduleuse (3), et non en matière de banqueroute simple ; son silence doit être interprété en faveur de

(1) Sic : Code de la faill., § 240 (210 anc.).

(2) En ce qui concerne les complices du banqueroutier frauduleux, l'art. 593 C. co. fr. est formel et condamne à la même peine que ce dernier « tous ceux qui, dans l'intérêt du failli, ont soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens. »

(3) C. P. C. fr., art. 593. — Cfr. note précédente.

cette dernière et en matière pénale, où tout est de droit strict, l'argument *a contrario* peut être permis. La jurisprudence paraît d'ailleurs fixée dans ce sens (1).

En droit allemand, au contraire, le complice est punissable en tous cas (sauf à mériter des circonstances atténuantes quant à l'application de la peine), quand il commet les actes prévus et punis par le § 242 du Code de la faillite (202 anc.) dont l'énumération ressemble assez à celle de notre art. 593 C. co. fr.: dissimulation ou détournement de biens ou de valeurs au profit du failli, production mensongère à la faillite dans le but de s'attribuer un gain ou d'en attribuer un à autrui (2). De même le § 241 du même code punit également d'un emprisonnement jusqu'à deux ans les débiteurs qui ont cessé leurs paiements ou sur le patrimoine desquels la procédure de faillite a été ouverte, lorsque, tout en ayant connaissance de leur insolvabilité, ils auront accordé à un de leurs créanciers dans le but de lui procurer un avantage vis-à-vis des autres créanciers une garantie ou un paiement auquel il n'avait pas droit de prétendre, ou du moins pas à cette époque ou de cette manière.

Quelles que soient les modalités, d'ailleurs non sans mérite, qu'ait trouvées le législateur allemand pour matérialiser et codifier son idée, cette dernière est féconde

(1) D. A., *Faillite, banqueroute*, nos 1446 et suiv.; — Paris, 28 août 1844, D. A., *ibid.*

(2) Le législateur allemand termine enfin ces dispositions en punissant d'une amende jusqu'à trois mille marks (3.750 fr.) ou de l'emprisonnement jusqu'à un an, celui qui se sera fait donner ou promettre par le failli ou par d'autres personnes des avantages ayant pour but de le décider à voter dans un sens déterminé lors du vote des créanciers. Code de la faillite, § 243 (213 anc.).

et juste : il ne devrait plus être permis chez nous, pas plus qu'il n'est actuellement permis dans cette législation étrangère, qu'un débiteur ordinaire, prévoyant une saisie inévitable, puisse dissimuler ou aliéner son patrimoine sans que le créancier ne puisse l'empêcher et la loi le punir : c'est un fait délictueux, la loi française l'a reconnu pour le commerçant; pourquoi accorder l'immunité au simple particulier ? La loi, et surtout la loi pénale, ne doit-elle pas être égale pour tous ?

§ 2.

Serment de manifestation (*Offenbarungseid*).

La disposition allemande qu'il nous reste à étudier est tout à fait originale du moins pour nous, car elle n'a pas de similaire en droit français ou dans l'histoire de ce droit (1).

Le serment de manifestation peut être exigé par le créancier dans trois cas : en matière de C. C. all. (2) ; en matière de faillite (3) ; et enfin en notre matière dans le cas prévu par le C. P. C. all. (4).

Le C. C. all. prévoit deux cas où le serment de manifestation peut être demandé : en matière de reddition de comptes (*Rechnenschaft*), et en matière de remise d'une

(1) Cfr. Seuffert, *sub* § 711, *ibid.* et Wilmowski-Lévy, *ibid.*, II, p. 1030.

(2) C. C. all., §§ 257 à 261.

(3) Code des faillites, § 125 (115 ancien).

(4) C. P. C. all., §§ 807, 883, n° 2. — Cfr. égal^t §§ 899 à 903, 914 et 915 (§§ 711, 769, 780 à 784, 795 anciens. Le § 915 est complètement nouveau).

universalité de biens (Inbegriff von Gegenständen) (1), mais il est à remarquer que dans les deux cas le serment de manifestation n'a pas le caractère et ne peut être rattaché en aucune façon à notre matière d'exécution forcée, aussi nous contenterons-nous de cette simple énumération (2).

En matière de faillite, après l'inventaire fait, le syndic ou un des créanciers du failli peut faire citer ce dernier à comparaître à une audience du tribunal cantonal saisi de la procédure de faillite pour prêter le *serment de manifestation*.

Dans ce cas encore, ce serment n'est pas un mode d'exécution forcée, quoique cependant il suive les mêmes règles que celui du C. P. C. all.

Enfin le C. P. C. all. contient le seul cas où le serment de manifestation soit à proprement parler une véritable exécution (3), dans lequel les §§ 899 à 903, 914 et 915 trouvent leur application (4) : « Si le produit de la saisie n'a pas
« suffi pour désintéresser entièrement le créancier ou si
« celui-ci rend pertinent et admissible que, par la saisie,
« il ne peut se faire payer entièrement, le débiteur est
« tenu, si la partie adverse le demande, de présenter un
« état de ses biens, d'indiquer, en ce qui concerne ses
« créances, leurs causes et les preuves à l'appui et de prêter le serment de manifestation dans la forme suivante :
« *qu'il a déclaré l'état de son patrimoine à sa meilleure*

(1) Cfr. MM. Fischer et Heule, *sub* § 260.

(2) Cfr. C. C. all., §§ 2006, 2028, 2057 et surtout : *Loi sur la juridiction gracieuse* (*Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit*), §§ 79, 83 et 163.

(3) Cfr. C. P. C. all., §§ 807 et 883, n° 2 (711 et 769 anciens).

(4) 780 à 784 (795 ancien).

« connaissance, aussi complètement qu'il est en son pouvoir de le faire (1). »

Le principal, le seul effet de cette mesure, pourrions-nous dire, c'est l'impossibilité absolue pour le débiteur de dissimuler une partie quelconque de son patrimoine sous les peines les plus graves.

Si son indication n'est pas complète, il est passible des peines rigoureuses du faux serment et est poursuivi avec une rigueur malheureusement inconnue depuis longtemps à la pratique française; nous ne saurions trop le répéter et le déplorer.

Si son indication est complète, et que tous les biens dont il vient de faire l'énumération ne se retrouvent pas, il n'est pas poursuivi pour faux serment, mais pour dissimulation de patrimoine d'après les prescriptions du C. pén. all. que nous venons d'étudier.

Dans le cas où il n'y a pas de dissimulation proprement dite, mais, s'il n'a pu saisir tout ou partie de ce patrimoine, parce qu'il se trouvait en des lieux inconnus du saisissant, ce serment est absolument précieux, puisqu'il est l'*unique* moyen de reconnaître l'endroit où la chose est déposée et que le débiteur aurait pu céler, non par mauvaise foi proprement dite, mais par omission, par simple force d'inertie.

Ainsi enserré par les deux prescriptions que nous venons d'étudier, le patrimoine ne peut échapper au créancier,

(1) Cfr. pour le serment de manifestation C. P. C. all., §§ 711, 769 et 730 anciens, et Code des faillites, §§ 63 et 115. Pour le droit de préférence du créancier premier saisissant, cfr. C. P. C. all., §§ 709 et 751 anciens. Le § 807 nouveau indique cette formule. Le § 711 ancien indiquait cette autre : « qu'il a donné un état complet de ses biens et qu'il n'y a sciemment rien omis. »

sous les peines les plus graves pour le débiteur (1). Ce résultat est non seulement pratique, mais de la plus haute portée économique, puisqu'il fortifie le crédit et aboutit à l'assurance quasi-absolue de l'efficacité de l'exécution forcée.

En ce qui concerne le mécanisme de cette disposition, le tribunal compétent pour recevoir le serment sera le tribunal cantonal dans le ressort duquel le débiteur a son domicile, ou, à défaut de domicile, sa résidence en Allemagne (2).

Le même tribunal sera compétent pour décider de toutes difficultés relatives à cette procédure (3) y compris toutes contestations portant sur l'obligation de prêter serment (4).

En cas de non comparution comme en cas de refus pur et simple du débiteur de prêter serment, c'est-à-dire sans motif valable, le tribunal, sur conclusions, ordonnera sa prise de corps (5).

Nous aurons également à examiner le cas où le créancier ne comparaît pas, celui où le débiteur se déclare prêt à prêter serment, celui où aucune des deux parties ne comparaît et enfin celui où le débiteur dénie au créancier le droit de le forcer à prêter le serment.

Dans le premier cas, le débiteur peut obtenir par ses conclusions un jugement repoussant celles de son adversaire (6), qui n'aura d'autre recours que la voie de l'oppo-

(1) C. pén. all., art. 288. — Cfr. *suprà*.

(2) C. P. C. all., § 899 (780 ancien). Voir pour la compétence *ratione loci* en général, C. P. C. all., §§ 12 et suiv.

(3) C. P. C. all., § 900 (781 ancien).

(4) Même § et Cfr. *infra*.

(5) C. P. C., § 901 (782 ancien).

(6) Une sorte de jugement par défaut-congé.

sition. Toutefois le débiteur peut également, s'il le désire, clore définitivement les débats en prêtant le serment demandé, même en l'absence du créancier (1).

Si le débiteur déclare vouloir prêter serment, le tribunal le reçoit immédiatement sans qu'il soit besoin d'autre procédure.

Au contraire, si aucune des parties ne comparait, l'affaire reste en état, jusqu'à ce qu'elle soit reprise par le créancier sur de nouvelles conclusions (2).

L'hypothèse est un peu plus compliquée si le débiteur discute le droit du créancier de lui faire prêter serment : il pourra par exemple invoquer le § 903 C. P. C. all. (3), qui décide que le débiteur qui a prêté le serment de manifestation ne sera plus tenu à une nouvelle prestation de serment, même vis-à-vis d'un autre créancier, que s'il est prouvé qu'il a acquis des biens postérieurement. De même, il pourra invoquer le § 914 C. P. C. all. (4), dans le cas où il aurait déjà subi la prise de corps pendant six mois pour avoir refusé de prêter le serment de manifestation (5).

Si le débiteur triomphe, le créancier demandeur sera condamné aux dépens.

S'il succombe, les frais seront à sa charge et l'ordon-

(1) *Sic* : Gaupp, *loc. cit.*, p. 462.

(2) *Ibid.*

(3) § 784 ancien.

(4) § 795 ancien. Cette durée de six mois, rappelée dans le § 914 C. P. C. all. (795 ancien) étant expirée, le débiteur sera remis en liberté provisoire d'office. (C. P. C. all., § 913) (794 ancien).

(5) Ces cas ne sont pas les seuls : si le débiteur a été déjà mis en liberté sur la demande de son créancier, ou bien s'il a été mis en liberté parce que son créancier n'a pas consigné à temps la somme nécessaire à sa nourriture (C. P. C. all., § 911), il ne peut être réemprisonné.

nance d'arrestation sera décernée contre lui (*Anordnung der Haft*), à moins que le débiteur ne fasse appel du jugement (1).

Nous avons vu que la durée maximum de la prise de corps était de six mois (2), mais le débiteur peut toujours obtenir sa mise en liberté immédiate en consentant, ainsi que nous l'avons vu, à prêter le serment devant le tribunal cantonal du lieu où il est incarcéré (3).

Le tribunal compétent en matière de serment de manifestation est le tribunal cantonal dans le ressort duquel le débiteur a son domicile, ou, à défaut de domicile, sa résidence dans l'Empire d'Allemagne (4). L'instance s'entame par une assignation en prestation du serment de manifestation (5). La présence du créancier à l'audience n'est pas indispensable (6).

Si le débiteur conteste l'obligation de prêter le serment, le tribunal statuera par une *décision* (7) (*Beschluss*). La prestation du serment n'aura lieu qu'après que la décision sera passée en force de chose jugée.

Cependant, ajoute la nouvelle rédaction du § 900 (8), le tribunal d'exécution peut ordonner la prestation du serment avant que la décision soit passée en force de chose jugée, lorsqu'une contestation précédente (du débiteur)

(1) Le débiteur ne peut que faire appel et non procéder par la voie du « recours, » (*Beschwerde*), parce que la procédure suppose un débat oral préalable. *Sic* : Gaupp, *ibid.*, p. 463.

(2) Cfr. *suprà*.

(3) C. P. C. all., § 902 (783 ancien).

(4) C. P. C. all., § 899 (780 ancien).

(5) C. P. C. all., § 900 (781 ancien).

(6) *Ibid.*

(7) L'ancienne rédaction du § 781 exigeait au contraire un jugement.

(8) *In fine*.

aura été rejetée et sera déjà passée en force de chose jugée.

Il existe enfin certaines catégories de personnes qui sont soumises à des règles spéciales.

Pour quelques-unes l'ordonnance de prise de corps ne pourra pas être ordonnée. Ce sont :

1° Les membres d'une assemblée législative allemande pendant la session, à moins que l'assemblée ne consente à l'exécution (1) ;

2° Les militaires faisant partie d'un corps mobilisé ou l'équipage d'un vaisseau de guerre mis en état de service ;

3° Le patron, l'équipage et toutes les autres personnes employées sur un bâtiment de mer, lorsque ce bâtiment est armé (prêt à mettre à la voile) (2).

En outre la prise de corps pourra être interrompue :

1° En faveur des membres d'une assemblée législative allemande pour la durée de la session, si l'assemblée réclame l'élargissement ;

2° En faveur des militaires qui sont appelés pour faire partie d'un corps mobilisé ou de l'équipage d'un vaisseau de guerre armé tant qu'ils en feront partie (3).

En ce qui concerne la prise de corps d'un employé ou fonctionnaire, d'un ministre du culte ou d'un instituteur dans un établissement public d'instruction, il faut que l'huissier chargé de l'arrestation (4) donne préalablement avis de cette arrestation à l'autorité à laquelle le condamné

(1) On sait que les députés, même ceux du Reichstag, ne jouissent pas de l'immunité parlementaire, la disposition que nous étudions était donc nécessaire pour créer une exception à la règle générale.

(2) C. P. C. all., § 904 (785 ancien).

(3) C. P. C. all., § 905 (786 ancien).

(4) L'huissier est en effet chargé expressément des arrestations en matière de prise de corps. C. P. C. all., § 909 (790 ancien).

est subordonné. L'arrestation ne pourra s'effectuer qu'après que l'autorité aura remplacé le débiteur dans l'exercice de ses fonctions (1).

Cette autorité est d'ailleurs tenue de prendre sans retard les mesures nécessaires et d'en informer l'huissier.

Au point de vue de l'exécution de la peine, rappelons deux prescriptions que nous connaissons d'ailleurs avant la loi du 22 juillet 1867 : la prise de corps s'effectuera dans des locaux où il n'y aura ni prévenus ni condamnés à des peines de droit commun (2), et enfin l'obligation pour le créancier de consigner d'avance les frais occasionnés par la prise de corps, y compris les frais de nourriture (3) (4).

Nous connaissons par ce rapide exposé le mécanisme et l'effet du serment de manifestation; il ne nous reste qu'à examiner si son introduction ne serait pas possible en France.

La seule difficulté qu'on rencontrerait, croyons-nous, serait la crainte de voir la contrainte par corps reparaître sous une autre forme.

Nous ne discuterons pas le bien ou le mal fondé de la loi du 22 juillet 1867; nous ne prétendrons pas démontrer que ce mode de coercition n'engendrerait pas tous les abus qu'on lui a reprochés (5) et qu'elle n'atteignait guère que

(1) C. P. C. all., § 910 (791 ancien).

(2) C. P. C. all., § 907 (788 ancien).

(3) C. P. C. all., § 911 (792 ancien).

(4) Si la consignation n'est pas renouvelée jusqu'à midi du dernier jour pour lequel elle aura été faite, le débiteur sera élargi d'office et ne pourra plus être emprisonné de nouveau pour la même dette. De même s'il a été mis en liberté sur la demande de son créancier. (C. P. C. all., § 792 *in fine*). Cfr. *supra*.

(5) On a souvent dit que le créancier était le maître de la liberté de son débiteur : cette proposition exacte en théorie ne l'était plus tant

des individus ordinairement peu recommandables ou des débiteurs sans scrupules (Les exemples et des plus célèbres (1) ne manquent pas) qui préféreraient la prison plutôt que de rendre l'argent d'autrui. Sans insister sur la haute portée qu'avait cette loi pour affermir la sûreté des transactions, consolider le crédit général et empêcher que les décisions de justice ne fussent lettre morte ou tout simplement bafouées comme aujourd'hui, il nous semble que l'on s'effraierait à tort en croyant voir reparaitre l'ancienne contrainte par corps, si on adoptait ce système.

Nous pourrions donc soutenir que la prise de corps considérée comme une véritable contrainte par corps ne serait pas une idée législative à repousser. Mais là n'est pas notre but, et nous croyons pouvoir démontrer que notre mesure n'a même pas le caractère de la contrainte par corps.

Tandis que la contrainte par corps emprisonnait aveuglément à la fois le débiteur qui ne *voulait* et celui qui ne *pouvait* pas payer, c'est-à-dire souvent le débiteur plus malheureux que coupable, notre prise de corps en matière de serment de manifestation n'est que la sanction du *refus* de prêter ce serment, et ne s'applique par conséquent qu'au débiteur de mauvaise foi. En effet, il ne veut pas prêter ce serment? pourquoi? Parce qu'il a mis en lieu sûr tout ou partie de son patrimoine, qu'il s'est rendu insolvable, qu'il est riche des dépouilles de sa victime, sans que ni lui, ni

en pratique, car, si le débiteur était en prison, il l'était aux frais du créancier et la rancune de ce dernier s'arrêtait généralement à sa bourse.

(1) Tout le monde connaît l'histoire du fournisseur d'armées Ouvrard poursuivi par Séguin, son associé, pour une dette de cinq millions. Il préféra rester pendant cinq ans en prison plutôt que de la payer, quoi qu'il le pût.

tribunal ne puisse lui faire rendre gorge ! Cet homme-là, est-il l'infortuné prisonnier de Clichy de jadis qui n'avait souvent commis d'autre crime que celui d'être pauvre ?

Nous concluons donc en souhaitant l'adoption de cette mesure dans notre législation pour une double raison, car, ainsi que l'ont fait judicieusement observer les commentateurs allemands, cette disposition contient, à vrai dire, deux nouveaux moyens d'exécution forcée : par la procédure de cette délation de serment, le débiteur qui ne veut le prêter, par scrupule ou par crainte, cédera le plus souvent, ne fera pas disparaître son patrimoine et se laissera exécuter. S'il est plus tenace, s'il refuse de prêter le serment et que l'emprisonnement s'ensuive, la perte de sa liberté le fera réfléchir à nouveau et l'engagera à être moins intraitable.

Il y a donc dans cette gradation de la coercition deux modes de contrainte peut-être aussi efficaces que la saisie immobilière, l'administration forcée et les autres modes connus ou particuliers que nous avons déjà étudiés.

CONCLUSION

Nous ne reprendrons pas en détail les conclusions que nous avons tirées à la suite de chaque parallèle entre les institutions du droit étranger que nous avons étudié et celles de notre droit national : peut-être toutefois n'est-il pas inutile de les rappeler sommairement.

Il est constant, ainsi que nous l'annoncions au début de cette étude, que les cas dans lesquels l'exécution forcée peut avoir lieu en Allemagne sont autrement nombreux que chez nous : à part la critiquable dualité des titres exécutoires allemands, suivant qu'ils résultent des lois d'Empire ou des lois des Etats confédérés, le C. P. C. all. possède une véritable variété de titres exécutoires dont quelques-uns nous sont totalement inconnus. Sans compter la *Beschwerde* qu'il serait facile d'introduire chez nous sous forme d'appel simplifié, peut-être même d'*appel incident sui generis*, il est certain que la procédure par voie de sommation (*Mahnverfahren*) et surtout la faculté pour le tribunal de faire office de notaire et de recevoir les actes des parties constituent des progrès sensibles sur notre codification. En ce qui concerne le *Mahnverfahren* sur-

tout, c'est-à-dire dans tous les cas où l'on pourrait dire qu'il n'y a pas de débat litigieux proprement dit, la procédure étrangère que nous venons d'étudier répond à un besoin absolument réel, que seule la pratique indique, puisqu'il n'y a malheureusement chez nous, à notre connaissance du moins, aucune donnée précise, ni même aucune statistique sur la matière et qui pourrait en proclamer l'utilité.

En ce qui concerne l'exécutabilité des transactions passées devant le tribunal, et refusée à nos tribunaux de paix, la critique universelle de la trop célèbre *obligation privée* résultant de cette exception, que rien ne justifie, sauf la crainte de porter atteinte à un privilège peu justifiable, nous dispense de faire l'éloge de la solution contraire dans la procédure étrangère que nous étudions.

Enfin, dans un autre ordre d'idées, on ne pourrait passer sous silence les perfectionnements apportés à la constitution même de la formule, et surtout les obligations et les devoirs nettement délimités tant du greffier que de l'huissier.

Si des *titres exécutoires* nous passons aux *modes* de les réaliser, la procédure étrangère contient également quelques dispositions dont nous pourrions tirer profit : En dehors des modes communs aux deux droits, le C. P. C. all. reconnaît encore le *séquestre forcé* (*Zwangsverwaltung*) qui complète, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, heureusement et pratiquement l'exécution en tant que réalisation du patrimoine du débiteur ou plus exactement en tant que satisfaction accordée au créancier.

En matière immobilière la supériorité de la procédure

étrangère est incontestable : la mise à prix *automatique*, suivant l'expression du savant traducteur du C. C. all. (1), et la faculté laissée à l'acquéreur d'un immeuble vendu aux enchères de ne pas acquitter le prix intégralement sont évidemment des dispositions très heureuses qui sauvegardent, avons-nous dit, les intérêts du débiteur et du créancier, tout en favorisant le crédit général ; c'est là le meilleur éloge qu'on puisse faire de ce concept juridique.

De plus, et cette remarque est importante à cette place, ces améliorations, quoiqu'elles résultant de l'application du Grundbuch, ne sont pourtant pas tellement liées à cette institution qu'elles ne puissent être introduites sans lui ; elles pourraient en d'autres termes se concevoir très facilement chez nous sans transformer de fond en comble notre système hypothécaire. Il suffirait d'une retouche presque insignifiante portant sur la *mise à prix*, disposition complétée par une autre qui aurait sa place dans la matière de la *purge hypothécaire*.

Enfin, en matière d'*obligation de faire*, il serait peut-être souhaitable de voir introduire parmi nous la sévère réglementation allemande qui tend, avec succès, avons-nous dit, de réduire au *minimum* les cas où l'obligation de faire doit se transformer en dommages-intérêts et ne peut s'exécuter directement.

La partie la plus faible de notre procédure, mise en comparaison avec le C. P. C. all., est celle qui a trait aux *sûretés* accordées au créancier, soit qu'il s'agisse de *moyens préventifs* ou bien de *moyens répressifs*, à tel

(1) M. de La Grasserie, Introduction.

point qu'on pourrait dire que notre législation nationale n'a rien de comparable avec la procédure allemande. Ici encore la réforme est facile. Nous rappelons que nous possédons quelques dispositions éparses, derniers vestiges historiques des privilèges des *bourgeois* et des *marchands* (*saisie foraine* et *saisie conservatoire*) ; dès lors l'effort législatif serait minime puisqu'il ne s'agirait que d'une loi d'*extension*, d'appliquer à des cas généraux des dispositions particulières déjà existantes et d'ailleurs profondément nationales, puisque nous croyons avoir démontré que la législation étrangère n'a fait que suivre et codifier le droit de Pothier dont nous nous sommes, bien à tort, écartés en cette matière : la réforme une fois de plus ne serait pas radicale et de nature à modifier les principes de notre droit.

La disposition de l'*Offenbarungseid* ou serment de manifestation est, croyons-nous, plus particulière au génie allemand.

Si le serment est exigé en Allemagne dans une foule de matières, et si cette pratique a donné naissance, même en ce pays, à des critiques aussi sérieuses que fondées, ces dernières n'ont jamais visé que des abus, et personne n'a contesté l'utilité du serment dans le cas qui nous occupe ; c'est, croyons-nous, le seul moyen de réduire un débiteur de mauvaise foi, soit qu'il détourne, soit qu'il refuse de livrer son patrimoine ; les effets de cette disposition sont incroyables, et, seule, la pratique les révèle, alors qu'il est malheureusement difficile de préciser autrement ses avantages.

Il nous semble que nous avons ainsi rapidement rappelé

les améliorations que nous souhaitons voir introduire dans notre droit français ; mais ces améliorations sont de deux sortes, ou plutôt peuvent être introduites de deux façons différentes : par voie de retouches partielles, pour ainsi parler, et, nous insistons sur ce point, faciles à intercaler ; soit, au contraire, qu'on envisage ces réformes comme un véritable élément nouveau formant une théorie, qu'il faudrait introduire parmi nous et dont découleraient les applications particulières de ce système. A ce titre les garanties offertes au créancier sur le patrimoine actuel ou futur de son débiteur et précédant ou accompagnant l'exécution semblent se réunir en un tout qui pourrait former à lui seul un chapitre. Ce chapitre, dont nous n'avons pas la prétention d'être les premiers à en montrer l'importance, serait celui de la *faillite civile*, que la loi a eu le tort de ne pas régler, et de la non-organisation de laquelle nous souffrons tant. D'ailleurs, nous n'avons pu esquisser que la moitié de ce chapitre tant attendu, étant donné le cadre que nous nous étions imposés. Il nous a fallu passer sous silence toutes les dispositions pourtant si intéressantes, relativement à l'*attribution* des biens du débiteur, ne pas discuter cette cynique maxime : *Jus civile vigilantibus scriptum est* (1), ni la faculté pour le débiteur en état de déconfiture de conclure des arrangements onéreux avec certains créanciers, tandis qu'ils sont défendus au débiteur en état de faillite (2), etc. Nous avons dû nous contenter

(1) De Montluc, *De la déconfiture ou de la faillite des non commerçants*, Paris, thèse, 1869.

(2) C. co. fr., art. 446 et 447. Il existe bien le recours de l'art. 1167, C. c. fr. mais il ne faut pas qu'il y ait eu fraude, et surtout n'oublions pas que le fardeau de la preuve de la fraude est à la charge du demandeur ; sans compter que cet article ne s'applique vis-à-vis des tiers qu'à une

seulement d'indiquer, et encore par voie de comparaison, les mesures qu'il serait souhaitable de voir introduire seulement en ce qui concerne *la formation de la masse partageable*, et les modes les plus avantageux pour sa réalisation.

Même limitée dans ce sens, puisse cette étude de droit comparé, à défaut d'utilisation des remèdes qu'elle propose, qui pourtant ont le mérite d'avoir été expérimentés avec succès et d'avoir fait leurs preuves, montrer tout au moins le danger qu'il y a à ne pas organiser cette partie de notre législation, alors que rien n'est si facile, et sans qu'il soit besoin d'accomplir une réforme bien radicale.

certaine catégorie d'actes conformément à la distinction traditionnelle du droit romain.

Vu :

Le Président, Doyen de la Faculté,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
ABRÉVIATIONS.	1
BIBLIOGRAPHIE	2
PRÉFACE	11

PREMIÈRE PARTIE

Cas dans lesquels on peut exécuter.

(Quand peut-on exécuter ?)

CHAPITRE PREMIER. — Titres en vertu desquels l'exécution forcée peut avoir lieu en France	49
A. Grosses et actes notariés.	
B. Exceptions. — 1 ^o Jugements exécutoires sans grosse. — 2 ^o Actes exécutoires sans grosse et même sans formule. — 3 ^o Décisions administratives.	
Appendice. — Du titre paré	33
CHAPITRE II	39
A. — Règles générales concernant la formule exécutoire allemande (Vollstreckungsklausel). Personnes auxquelles la grosse doit être délivrée. — Règles particulières concernant le greffier. — Actes judiciaires exceptionnellement exécutoires sans formule. — Règles particulières concernant l'huissier.	
B. Grosses émanant des notaires allemands.	

	Pages
CHAPITRE III. — Titres en vertu desquels l'exécution forcée	
peut avoir lieu en Allemagne	51
A. — Double origine des titres exécutoires allemands.	51
B. — Énumération des titres exécutoires allemands .	54
N° 1. — Étude du § 704 C. P. C. all.	55
N° 2. — Étude du § 794 C. P. C. all.	63
§ 794, n° 1. — Transaction intervenue devant un	
tribunal allemand	64
§ 794, n° 2. — Exécution forcée d'une transaction	
intervenue devant le tribunal cantonal. (Étude	
du § 510 C. P. C. all.)	74
§ 794, n° 3. — La <i>Beschwerde</i>	96
§ 794, n° 4. — <i>Ordonnances d'exécution</i> . (Étude	
de la procédure <i>par voie de sommation</i> , <i>Mahn-</i>	
<i>verfahren</i>)	103
§ 794, n° 5. — Actes notariés ou reçus par le tri-	
bunal faisant office de notaire	111
N° 3. — Titres exécutoires résultant de lois d'Em-	
pire autres que ceux énumérés dans le § 794 . .	118
Exécution en matière de faillite.	121
N° 4. — Titres exécutoires résultant de lois parti-	
culières des États confédérés	124
Appendice. — Les titres allemands revêtus de la for-	
mule exécutoire sans être pourtant des jugements	
ou des actes notariés peuvent-ils être déclarés exé-	
cutoires en France au moyen d'un jugement <i>d'exequatur</i> ?	127

DEUXIÈME PARTIE

Des modes d'exécution forcée.

(Comment peut-on exécuter?)

TITRE PREMIER. — Exécution forcée sur les créances por-	
tant sur une somme d'argent	137
CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales	137
Distinction du Code de procédure civile allemand .	137
Droit de gage du créancier premier saisissant . .	140

	Pages
CHAPITRE II. — Exécution forcée sur les objets mobiliers	145
<i>Section I.</i> — Exécution forcée sur les objets corporels	145
<i>Section II.</i> — Exécution forcée sur les créances et sur les autres droits dépendant du patrimoine	150
CHAPITRE III. — Exécution forcée sur les biens immobiliers.	161
CHAPITRE IV. — Limitation du droit d'exécution relativement aux biens et relativement à la personne du débiteur	181
§ 1 ^{er} . — Observations générales	181
§ 2. — Sur quels biens peut-on exécuter ?	188
§ 3. — Contre quelles personnes peut-on exécuter ?	203
TITRE II. — De l'exécution forcée tendant à obtenir la déli- vrance d'une chose ou la réalisation de l'obligation de faire ou de ne pas faire	217

TROISIÈME PARTIE

Sûretés données au créancier.

CHAPITRE PREMIER. — Moyens préventifs accordés au créan- cier	225
CHAPITRE II. — Moyens répressifs accordés au créancier contre le débiteur de mauvaise foi	249
§ 1 ^{er} . — Pénalités encourues par le débiteur qui dissi- mule son patrimoine	249
§ 2. — <i>Serment de manifestation (Offenbarungseid)</i>	257
CONCLUSION	267

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER

